

LA HISTORIA INTERMINABLE DE LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN LAS RELACIONES DE TRABAJO

Yolanda VALDEOLIVAS GARCÍA

I. DEL SIGNIFICADO ACTUAL DE LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES Y SU ESPECIAL INCIDENCIA EN LAS RELACIONES LABORALES

La igualdad es un elemento constitutivo del valor de justicia, que se encuentra en la base del principio de libertad y dignidad humana (1). Sobre dicha premisa, y en más concreta relación con el sexo, como elemento diferenciador que impide alcanzar la igualdad sustancial entre mujeres y hombres (2), no puede dejar de señalarse que el mismo constituye la causa de desigualdad más extendida y univer-

(1) Se ha dicho, en este sentido, que está afectada aquí la esencia misma de los derechos del hombre, haciendo de la discriminación un ataque contra la propia dignidad de la persona (M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y M.^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 82).

(2) Aunque los términos de «sexo» y «género» parecen utilizarse indistintamente para hacer referencia al principio de igualdad entre mujeres y hombres, en su sentido más completo podrían no ser absolutamente equivalentes, prefiriéndose ahora esta segunda noción de género (perspectiva de género, dimensión de género y expresiones similares), pese a ser la de sexo la que aparece textualmente recogida en la CE y en su desarrollo estatutario dentro del ámbito laboral. El primer concepto se corresponde con un factor puramente biológico, mientras que el segundo remite a una noción más dinámica que incorpora elementos sociales, económicos, políticos y culturales que identifican roles, actitudes y valores reconocibles en mujeres y hombres capaces de mostrar los comportamientos y motivaciones esperables en ambos. Por eso, el concepto de género se compadece mejor con la idea de transversalidad que ahora, en las legislaciones y planteamientos más actuales e incisivos sobre esta cuestión, inspira las actuaciones dirigidas a garantizar la igualdad material entre mujeres y hombres, que traspasa el principio de igualdad de trato para penetrar en el de la igualdad de oportunidades. El resultado de la dialéctica entre esas dos rotulaciones es que la noción «sexo» suele adjetivar el término discriminación (y acoso), como criterio del tratamiento injustificadamente diferente, mientras que el concepto de «género» alude a la identificación y actuación sobre los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad plena y efectiva entre mujeres y hombres, lo que excede del puro tratamiento diferenciador.

Con todo, se ha hecho notar un cierto recelo hacia la expresión «género», que se evidencia incluso en la propia LO 3/2007, de 22 marzo (*BOE*, 23), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres –aunque se emplean ambos conceptos a lo largo de su articulado– y, antes, en la de sus antecedentes normativos europeos –que vienen últimamente eludiendo rotulaciones de tal tenor en sus programas y normas–; circunstancias que pueden responder a la dificultad de admitir la existencia de un cierto determinismo del género susceptible de doblegar la libertad de las personas (LOUSADA AROCHENA, J. F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, MTAS, Madrid, 2007, p. 21).

sal, produciendo una situación de genuina marginación de la mujer en todos los ámbitos de la vida que impiden su acceso a las diversas esferas de actuación pública y privada, conformado un grave déficit democrático que perdura y se mantiene visible a pesar de los innegables avances constatados. Ello provoca una clara segregación de mujeres y hombres que, sin negar la necesidad de mantener ciertas diferencias entre ambos a veces por factores intrínsecamente ligados al sexo y otras como garantía de la igualdad material, ahonda en otras muchas diferencias biológica y jurídicamente injustificadas. De ahí lo insuficiente de aplicar en este ámbito un mero tratamiento igualitario o de tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, que ignora o no responde de manera integral a una realidad crónica que distingue entre mujeres y hombres y que actúa a modo de barrera invisible que impide alcanzar un verdadero equilibrio en sus respectivas posiciones a todos los niveles y en todos los ámbitos.

Pero siendo predicable esa desigualdad estructural y social entre mujeres y hombres de cualesquiera facetas de la vida, algunos ámbitos resultan especialmente proclives a su desenvolvimiento. Tal es el caso de la relación de trabajo que, pese a quedar vinculada por la garantía de igualdad de acceso al empleo, de disfrute en términos de igualdad de las condiciones de trabajo y protección social y de eliminación de toda forma de discriminación por motivos sexistas, sigue constituyendo terreno abonado para el asentamiento de diferencias injustificadas. Ello es fruto de una atribución de roles sociales y de una consecuente y global posición de partida desventajosa y devaluada de la mujer, que arranca de circunstancias histórico-culturales largamente asentadas en la sociedad y aún no superadas, frente a las que, sin duda, debe reforzarse la acción legislativa y judicial, lo que no evita tampoco obviar la intervención activa en el terreno de la consideración social (3). En otras palabras, la lucha por la igualdad sustancial de la mujer en las sociedades avanzadas pasa inexcusablemente por el reequilibrio de su posición en el mundo laboral (4). Aunque, a la recíproca, es igualmente innegable que la igualdad entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo tampoco puede alcanzarse sin su correlativa garantía en la familia y en la vida social, política y económica, lo que genera una dialéctica en forma de círculo vicioso en el que resulta complejo establecer prioridades para encontrar salida.

(3) La Comisión europea ofrece cada año un informe en el que analiza las desigualdades entre hombres y mujeres. En el del año 2008, tras señalar lo innegable de los avances cuantitativos en los últimos diez años en el empleo de las mujeres (aumento de sus tasas de desempleo), destaca la necesidad de mejorar el aspecto cualitativo, esto es, la calidad del trabajo femenino, para lo que se utilizan indicadores de remuneración, segregación sectorial y ocupacional del mercado de trabajo por sexo, así como la presencia de mujeres en puestos de responsabilidad. Advierte, también, la significativa caída de la tasa de empleo de las mujeres con hijos pequeños a cargo (13,6 por 100), que paradójicamente aumenta en los hombres; que el 76 por 100 de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, siendo también mayoría las contratadas temporales, que el paro de larga duración sigue siendo mucho más frecuente entre las mujeres (4,5 por 100 frente al 3,5 por 100) y que las carreras profesionales de las mujeres son más cortas, más lentas y están peor remuneradas, lo que incide también en el riesgo de pobreza, particularmente entre las mujeres mayores de 65 años (21 por 100, cinco puntos más que los hombres).

(4) Así lo ha entendido, sin duda, nuestra CE, cuyo artículo 35.1 reitera, para este concreto contexto, la prohibición de discriminación por razón de sexo que ya cabe derivar con carácter general de su artículo 14, evidenciando la singular proclividad que manifiesta el ámbito de las relaciones de trabajo a perpetuar diferencias injustificadas entre mujeres y hombres.

En todo caso, lo que parece indudable es que en el terreno laboral el discurso sobre la igualdad y la interdicción de la discriminación presenta dimensiones y perfiles propios, porque obliga a congeniar el valor de la igualdad entre ambos sexos con la existencia de diferencias relevantes entre hombres y mujeres. Tal circunstancia reconoce una diferente causa de discriminación y requiere, pues, la utilización, además de las comunes, de técnicas específicas, que se apartan de las tradicionales medidas de prohibición de discriminar por razón de sexo que pueden ser suficientes en otros contextos. Es por ello por lo que en este ámbito concurre, además de la recién señalada, la práctica totalidad de las medidas dispuestas en materia de igualdad: desde el inicial tratamiento de las diferencias indisolublemente ligadas al sexo, mediante fórmulas de protección de la trabajadora embarazada o en período de lactancia, pasando luego por la prohibición de la discriminación indirecta, que intenta evitar los efectos adversos que sobre las mujeres produce un puro tratamiento igualitario con los hombres que ignora su diversa posición contractual o sus diversas aptitudes personales, físicas o profesionales, transitando más tarde por las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral, que requieren atender a las diferencias derivadas de los roles sociales que en relación con las cargas familiares ocupan mujeres y hombres, hasta alcanzar, en el último estadio de evolución, la estrategia de la transversalidad, que otorga carta de naturaleza a la diferencia social y estructural entre mujeres y hombres y reclama, más que planteamientos defensivos o reparadores, acciones preventivas, incluidas las medidas positivas en favor de las mujeres.

Lo que se expone a continuación es un breve recorrido por lo que se ha hecho en cada uno de esos frentes, sin obviar tampoco propuestas de actuaciones a adoptar para la consecución del objetivo de igualdad plena y efectiva entre mujeres y hombres en el terreno laboral. Todo ello en el actual contexto de consecución de la igualdad efectiva e integral entre ambos sexos desde la proclamación del moderno principio de transversalidad (*mainstreaming*) recién referido o, si se quiere, perspectiva de género, que constituye el último elemento de combate en pos de la igualdad material entre mujeres y hombres en todas las facetas de la vida. Principio que se visualiza, primero, en el ordenamiento jurídico europeo (5) para ser luego reci-

(5) A través de la Decisión del Consejo 95/593/CEE, de 22 diciembre, relativa al programa de acción comunitaria a largo plazo para la igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres (1996-2000). De forma más o menos amplia, pero siempre desde esa premisa de actuación transversal, se expresarán también las Comunicaciones de la Comisión de 21 de febrero de 1996, «Integrar la igualdad de oportunidades entre las mujeres y los hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias» [COM (1996) 67 final; no publicada en el Diario Oficial] y de 17 de junio de 2000, «Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)» [COM (2000) 335 final; no publicada en el Diario Oficial]; cfr., igualmente, el Informe de la Comisión sobre el seguimiento de la Comunicación de 21 feb. 96 [COM (1998) 122 final; no publicado en el Diario Oficial]. Por su parte, no se olvide la Decisión 2001/51/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005) (Diario Oficial L 17, de 19 enero de 2001), que ha tenido su continuación en el Plan de trabajo para la igualdad entre las mujeres y los hombres (2006-2010) COM (2006) 92 final; no publicada en el Diario Oficial. Asimismo, el Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres 2005, de 22 de febrero de 2006 (Diario Oficial C 67, de 18 de marzo) hace notar que, aunque los desequilibrios entre mujeres y hombres no han dejado de disminuir durante los últimos diez años en materia de empleo, aún son evidentes importantes carencias, relativas a la segregación del mercado de trabajo, las diferencias retributivas en perjuicio de la mujer, su mayor dificultad de conciliación de la vida familiar y

bido plenamente en nuestro derecho interno con la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que conforma nuestro más reciente instrumento normativo, de contenido integral y pluridisciplinar, puesto al servicio de ese objetivo, sin perjuicio de que ya fuera posible advertir aplicaciones parciales del método transversal anteriores a esta norma (6).

La estrategia de la transversalidad viene a expresar el compromiso de promocionar la integración de la dimensión de género y de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en todos los ámbitos de la vida, vinculando la elaboración, ejecución y seguimiento de todas las políticas y acciones que tengan incidencia, directa o indirecta, sobre ambos sexos y de interpretar en esa clave el completo ordenamiento jurídico. Para ello, hay que considerar las necesidades, preocupaciones y expectativas que las mujeres tienen y sienten como propias en idéntica medida a como se atienden las de los hombres en todas las facetas de la vida, haciendo ineludible el discurso de la interdicción de la discriminación por razón de sexo y la consecución de la igualdad plena en cualquier aspecto de la vida social donde se analice la real participación de la mujer respecto de la que representa el hombre. Aquí reside un nuevo elemento configurador de los modernos modelos normativos en materia de igualdad, el entendimiento de que se consideran las necesidades reales de las mujeres y no las necesidades que los hombres, en tanto hacedores y aplicadores de las leyes y detentadores de los núcleos de poder político, social y económico, creen que tienen las mujeres, lo que, aun de manera inconsciente, genera un prejuicio sobre la mujer y sitúa el modelo masculino como la referencia y observatorio desde el que valorar la actuación de los poderes públicos y de los particulares.

laboral, su mayor opción por el trabajo a tiempo parcial y su superior riesgo de exclusión social. Con todo, es el Tratado de Ámsterdam el que instituye el principio de transversalidad de la igualdad de género en un elemento estructural de la acción comunitaria, como ahora recoge expresamente el artículo 3.2 del Texto Consolidado del Tratado CEE, al prever que en todas las actividades de las instancias europeas se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, lo que luego se plasmará en Directivas concretas que vuelven a remarcar esta perspectiva de género. Por su parte, acciones normativas al margen, la estrategia en cuestión ha contado también entre sus filas con apoyos económicos, toda vez que el Fondo Social Europeo y los Fondos Estructurales Europeos han incluido la dimensión de la igualdad por razón de sexo entre sus actuaciones y objeto de financiación, a los que deben sumarse, desde aquel primero, los sucesivos planes plurianuales para la igualdad de oportunidades.

Por todo lo anterior, puede compartirse la opinión de ORTIZ LALLANA, acerca de que la transversalidad de las políticas en pos de la igualdad de género en el contexto comunitario ha determinado avances esenciales en la consecución de este objetivo, sin perjuicio de que queda aún mucho camino por recorrer («Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea», *RMTAS*, 2003, núm. 47, p. 99); en parecido sentido, DE MIGUEL DE LA CALLE, P., «Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. Acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. La modificación de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo», *RMTAS*, 2003, núm. 42, p. 42. Sobre el tratamiento europeo de la estrategia de la transversalidad y su recorrido más puntual, incluida su expresión en el Tratado por el que se establece una Constitución Europea, véase VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «Igualdad por razón de sexo y Constitución Europea», *RMTAS*, 2005, núm. 57, pp. 153 y ss.

(6) Aun con pretensiones y contenido mucho más modesto, ya se utiliza ese método transversal en la Ley 30/2003, de 13 octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

II. LAS TÉCNICAS JURÍDICAS PUESTAS AL SERVICIO DE LA IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN EL ÁMBITO LABORAL

A) LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR Y LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

En lo que afecta a la prohibición de discriminación en el empleo y en las condiciones de trabajo, así como la sanción por comportamientos contrarios a dicha exigencia, baste recordar que los artículos 4.2.c), 16.2, 17, 22.4, 24.2, 28, 53.4 y 55.5 ET, 8.12 LISOS y 96 y 108.2 LPL cubren, explícita o implícitamente, cuantos frentes de actuación en el ámbito laboral y el empleo son susceptibles de verse afectados por diferenciaciones injustificadas basadas en el sexo, sin que, en general, quepa identificar especiales singularidades en este contexto respecto de cualesquiera otras ramas jurídicas y en relación con los instrumentos que sirven para la interdicción de la discriminación; a salvo, si se quiere, la especial sensibilidad que la relación de trabajo muestra a este tipo de comportamientos. Prohibición de discriminación y técnicas para su represión que tampoco se han visto sustancialmente afectadas en su alcance y contenido tras la aprobación de la LO 3/2007, aun cuando es apreciable alguna modificación que, sin suponer realmente novedades que una correcta interpretación de las normas originales impidiera dar cabida, viene a proporcionar mayor seguridad jurídica, a reforzar la tutela antidiscriminatoria y a cumplir, en fin, un positivo efecto pedagógico y de promoción de la cultura de la igualdad.

Así, cabe citar, de una parte, la mención más explícita y reforzada del derecho del trabajador a no sufrir acoso sexual y acoso por razón de sexo, principalmente desenvuelta sobre trabajadoras [art. 4.2.e) ET]; de otra, la nulidad de las órdenes de discriminar o las decisiones empresariales que supongan un trato desfavorable como reacción a una reclamación o acción administrativa o judicial destinada a hacer cumplir la igualdad de trato y no discriminación (art. 17.1.2.º ET); finalmente, la expresa calificación como nulo del despido producido en situaciones relacionadas con el disfrute de derechos de conciliación de la vida familiar y profesional, ampliando las causas preexistentes [art. 55.5.c) ET].

Con todo, es de destacar que nuestro ordenamiento laboral apenas dispone ya de recorrido en relación con la prohibición de discriminar en el empleo y en las condiciones de trabajo y con la represión del comportamiento discriminatorio ya actualizado. En este sentido, puede interpretarse que está cubierta, desde una perspectiva jurídica, la práctica totalidad de los frentes que, dentro de la empresa, y en el plano contractual que abarca desde el acceso al empleo y la contratación hasta la extinción del contrato de trabajo, pasando por el desenvolvimiento de la relación laboral, pueden ser objeto de comportamientos empresariales vulneradores del principio de no discriminación. Aún más, y pese a no tratarse en sentido estricto de prohibición de discriminar y tutela antidiscriminatoria, sino de facilitar el empleo de mujeres que por circunstancias personales merecedoras de protección tienen mayores dificultades de desempeñar su actividad profesional, nuestro ordenamiento laboral recoge también derechos de la trabajadora víctima de violencia de géne-

ro (reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo, traslado y suspensión del contrato de trabajo) e impone correlativos deberes a su empleador, como confirman los artículos 37.7, 40.3 bis y 48.6 ET y 108.2.b) LPL. Así, aun cuando no debe bajarse la guardia en lo que respecta a la aplicación de las fórmulas tradicionales de tutela antidiscriminatoria, tampoco puede obviarse que, en el actual estado de evolución del tratamiento y protección del principio de igualdad, los peligros que afectan al principio de igualdad material entre mujeres y hombres incumben, más que al terreno de las discriminaciones directas, fuertemente reprimidas en el plano normativo –mucho menos en el de la realidad práctica o de su implementación concreta, como tristemente demuestra el análisis sobre los salarios percibidos por mujeres y hombres en trabajos de igual valor–, al de las discriminaciones indirectas, a que se hará posterior referencia y donde las normas aún tienen espacio. Sin olvidar las medidas de protección de la maternidad y los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, donde se hallan algunas de las más serias lacras en la consecución de la igualdad real y plena en la esfera laboral.

B) LOS DERECHOS DE PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD Y DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL

En lo que se refiere a los derechos de maternidad y conciliatorios de la vida familiar y laboral, lo primero a destacar es que los mismos no han hecho sino progresar cuantitativa y cualitativamente, lo que es consecuencia de la clara evidencia de que una y otros colocan a la mujer en una posición singular respecto de la relación de trabajo que identifica una situación desventajosa respecto del hombre que requiere ser jurídicamente compensada (7). Respecto de los derechos de maternidad, sin entrar a abordar su contenido concreto, baste recordar, de una parte, que se trata de medidas exclusivamente dirigidas a las mujeres, porque su presupuesto es el embarazo con cuantas consecuencias, desde la perspectiva jurídica laboral, conlleva y, de otra, que resultan actuaciones imprescindibles en su contenido protector y diferenciador en favor de las mujeres, en tanto la maternidad biológica es un bien

(7) Sin mencionar los abrumadores datos que evidencian que el cuidado de los hijos, no sólo durante los primeros meses o años de vida de éstos, recaen de forma casi exclusiva sobre las madres, ilustrativa también de lo recién señalado resulta la lectura del *Libro Blanco sobre atención a las personas en situación de dependencia en España*, donde se pone de manifiesto cómo, pese a su incorporación masiva al mercado de trabajo, las mujeres siguen ejerciendo casi en exclusiva la función de cuidadoras, haciendo que muchas de ellas renuncien a ejercer una profesión o a tener un trabajo fuera del hogar o se vean obligadas a compatibilizar su vida laboral y familiar, con las inevitables adaptaciones de ambas funciones y, en lo que aquí más interesa, de su faceta laboral (Cap. III, pp. 50 y ss.). De esta forma, si las mujeres activas no encuentran en la red de servicios sociales apoyos a su labor de cuidadoras, su trabajo quedará inevitablemente perjudicado. Ello por no aludir a la clara y progresiva disminución que, como advierte el citado Libro Blanco, se está produciendo en España, desde 1960 hasta ahora, del potencial cuidador femenino, que obliga a una progresiva sustitución del apoyo familiar informal por un sistema de recursos formales de apoyo, con implicación de los poderes públicos. De ahí la relevancia en este contexto de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, que puede servir para modificar esta realidad objetiva y que requiere analizar la efectiva repercusión que la aplicación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia que aquella norma instituye llegue a desenvolver sobre la situación laboral de las mujeres.

jurídico protegido capaz de condicionar la prestación laboral. Aunque no es inusual confundir la protección de la maternidad con el reconocimiento de medidas más propiamente dirigidas a facilitar la conciliación de obligaciones laborales y familiares, ha de tenerse especial cautela en no mezclar ambos componentes, porque un incremento de los derechos de conciliación sólo reconocido a mujeres o considerando a éstas sus destinatarias naturales provoca un innegable efecto bumerán en lo laboral. Bien sea por la vía de disuadir al empresario de la contratación de mujeres, bien por la de precarizar las condiciones de trabajo de las ya empleadas, lo cierto es que el reconocimiento indiscriminado y en condiciones de estricta identidad de los derechos dirigidos a facilitar la compatibilidad entre trabajo y familia, constatado su abrumadoramente mayoritario disfrute por las trabajadoras, ahonda en el desigual reparto de las cargas familiares, desvaloriza el trabajo femenino y, desde luego, mezcla los bienes jurídicos protegidos y las finalidades que su protección debe cubrir.

Por cierto, no será ocioso, en este punto, salir al paso de alguna consideración que aboga por sustituir, en aquel binomio vida familiar-vida laboral capaz de reconocer derechos y obligaciones en el tracto contractual, el primero de los componentes por el más amplio de vida personal. Sin perjuicio de la legítima pretensión de avanzar en la conciliación de las facetas personal y laboral de los trabajadores y de coincidir en que, desde luego, el plano personal contiene más aspectos que la sola atención a la familia que merecen también ser tomados en cuenta desde una perspectiva conciliatoria, hay que destacar al respecto que, desde el estricto punto de vista de la igualdad efectiva por razón de sexo, uno y otro concepto no son equiparables. En efecto, si hombres y mujeres no muestran diferencias significativas o laboralmente relevantes en la relación entre vida personal y profesional, sí ocupan, en cambio, posiciones indiscutiblemente asimétricas en el caso de la vida familiar, con mayor dedicación de las mujeres a las tareas relacionadas con su atención y cuidado y mayores dificultades de conciliarlas con el trabajo. De suerte que en el debate sobre la igualdad por razón de sexo sólo reviste interés la conciliación del trabajo con la vida familiar, no con la vida personal.

Pues bien, volviendo a la necesaria interdicción de la confusión entre derechos de maternidad y conciliatorios y derechos en pos de la igualdad entre trabajadoras y trabajadores, bastará un ejemplo para mostrar los eventuales efectos perversos de tal equiparación. Se alude al período de suspensión del contrato de trabajo equivalente a dieciséis semanas en supuesto de maternidad biológica, de las que sólo las seis posteriores al parto son de obligado disfrute para la madre e intransferibles al padre, porque son las consideradas de obligada recuperación de la salud de aquélla, mientras que el resto, que atiende básicamente a la atención del menor, puede disfrutarse indistintamente por el padre y la madre –en adopción y acogimiento, en cambio, y razonablemente, todo el período suspensivo puede atribuirse a cualquiera de los progenitores en términos de igualdad–. Disfrute indistinto el correspondiente a esas otras semanas que, sin embargo, se halla matizado por el hecho de que en caso de maternidad biológica la madre deba cederlas al padre, siendo el derecho de la madre preferente, como demuestra también la realidad de que el padre sólo puede disfrutar del período de maternidad si la madre trabaja, aun cuando el derecho de esta última no se vea afectado por que el padre no trabaje.

Siendo perfectamente entendible el régimen expuesto, y estando en exacta coherencia con una realidad social que demuestra que la mayoría de las madres no

están dispuestas a renunciar, en favor del padre, a parte de un período suspensivo que, además, coincide con la lactancia natural que podría tener que sacrificarse de existir reincorporación al trabajo, lo cierto es que ello promueve indirectamente la asunción de las cargas familiares por las madres. Lo anterior recomienda, desde la pretensión de una mejor distribución de la atención a la familia por parte de mujeres y hombres y la correlativa consecución de la igualdad material entre ambos sexos, la concesión de un derecho intransferible y a título propio al padre, como enseguida señalaré. Dirección en la que, al margen del rotundo ejemplo que constituye el reciente reconocimiento del derecho de suspensión del contrato de trabajo por paternidad y la correspondiente protección social (arts. 48 bis ET y 133 octies a 133 decies LGSS, en su redacción dada por DDAA 11.^a once y 18.^a seis LO 3/2007), puede inscribirse también la modificación normativa que permite ahora no derogar la cesión del derecho al padre si la madre, cuando debiera producirse, no puede incorporarse al trabajo por estar en situación de incapacidad temporal (DA 11.^a diez LO 3/2007, que da nueva redacción al art. 48.4 ET).

En este sentido, a excepción de las aludidas seis semanas postparto y las reglas sobre prevención de riesgos laborales de la mujer embarazada o en situación de lactancia natural (art. 26 LPRL), así como aquellas otras que garantizan la reincorporación al trabajo de la madre como si no hubiera existido ausencia, ninguna otra medida responde a protección de la maternidad, debiendo tratarse en el capítulo de los derechos de conciliación, que han de articularse desde otro enfoque. Concedidas en términos estrictos de igualdad y, desde luego, dirigidas sólo o preferentemente a las mujeres, las fórmulas conciliatorias perpetúan la segregación entre mujeres y hombres y la atribución de roles sociales sexistas, que acaban por profundizar en la desigualdad.

Piénsese, así, a título de ejemplo, en la protección de la maternidad por adopción o acogimiento que, como se anticipó, reconocida en estrictos términos de igualdad entre padres y madres, pues no se trata de proteger un estado biológico de las mujeres sino la más asequible compatibilidad entre familia y trabajo que incumbe a ambos, disfrutan principalmente las mujeres, insistiendo en el desvalor de su trabajo. De este modo, y sutilmente, una finalidad positiva y en pos de la igualdad, como es permitir a las mujeres congeniar más fácilmente su vida profesional y familiar y asegurar que la atención a las cargas familiares no implique efectos adversos en lo laboral, termina provocando un resultado negativo e indeseable, al promover, dado su casi exclusivo disfrute por las mujeres, su vuelta al hogar y su abandono o marginalidad de la actividad laboral. Por ello, hay que introducir fórmulas de corresponsabilización de los hombres, haciendo avanzar la perspectiva de género no tanto por la senda de conceder más derechos a las mujeres para que concilien, cuanto de promover la participación de los hombres en las tareas del cuidado del hogar y de los familiares, porque es aquí donde se halla la barrera más infranqueable para garantizar la igualdad material entre mujeres y hombres.

Por seguir en el terreno de los descansos por parentalidad a que se viene haciendo referencia, tal propósito recomienda el anticipado reconocimiento de períodos intransferibles e independientes para cada progenitor e, idealmente, igualitarios para el cuidado y atención de los hijos, normalizando un reparto más equitativo de las cargas familiares y una cierta modificación de los roles sociales. De ahí que en ese recorrido de normalización de la asunción de tareas familiares por los hombres

y de profundización en la igualdad, destaque como uno de los mayores aciertos de la LO 3/2007 el reconocimiento de un derecho de paternidad intransferible; justamente, un derecho concedido a los hombres, no a las mujeres, pero capaz de repercutir sobre ellas de modo muy sensible, porque la mejor forma de erradicar normas que mantienen prejuicios sobre las mujeres es eliminar el estereotipo que les atribuye el cuidado de los hijos, normalizando en el hombre esa atención (8). Por ello, habrá que estar atentos y valorar, tras un razonable lapso de tiempo que permita calibrar el impacto de la medida, si la misma promueve una mayor participación de los hombres en el cuidado de los hijos. Aunque lejos de los términos ideales que supondría la concesión de descansos intransferibles y equivalentes para ambos progenitores, no cabe duda de que la medida señalada supone un avance con un coste que no excede lo asumible. En todo caso, sobre esa ideal equiparación de los descansos, ha de advertirse que si para el supuesto de hijos biológicos la solución parece lejana, porque no incrementar el gasto social que supondría reconocer al padre un derecho equivalente o más cercano al de la madre pasaría por restar de los actuales períodos de que ahora disfrutaban estas últimas el que sería atribuido *ex lege* al padre, la propuesta es más fácilmente practicable en caso de adopción y acogimiento, porque el derecho de ambos progenitores se sitúa originariamente en términos de igualdad, lo que no obsta que sea manifiestamente preponderante el disfrute del descanso por las mujeres; ello podría recomendar, pues, ensayar en esta sede, donde no están directamente afectados elementos biológicos, el disfrute de períodos igualitariamente repartidos entre los dos progenitores.

Ubicados en ese contexto ideal, a la luz de los análisis estadísticos y de seguir mostrando los hombres un menor tiempo de dedicación a la atención de los hijos tras su nacimiento, adopción o acogimiento, habría que seguir imaginando fórmulas capaces de torcer ese desigual reparto de roles sociales. A tal finalidad, no hay que descartar medidas que presupongan un tratamiento económico, profesional o social más favorable para los hombres que se acogen al disfrute de derechos conciliatorios que el otorgado cuando esos mismos derechos y facilidades son utilizados por las mujeres, en una suerte de medida positiva para los hombres, no en el plano laboral sino familiar. Tal consecuencia es capaz no sólo de incentivar la mayor incorporación de los hombres a estas tareas, sino de provocar decisiones dentro de la familia que modifiquen la habitual asunción cuasiautomática de las funciones de su cuidado por parte de las mujeres y aun de producir un efecto de reconocimiento social idóneo para promover un cambio de hábitos y estereotipos, dentro y fuera de las empresas.

(8) En este mismo contexto podría querer moverse, por citar un ejemplo interesante de la negociación colectiva, la concesión de determinadas facilidades y derechos de conciliación cuando el familiar que los justifica es consanguíneo, no por afinidad (art. 51 CCE «Perfumería y Afines» y art. 56 CCE «Industria Textil y de la Confección»). Con todo, aunque ello podría interpretarse en positivo como el deseo de los negociadores de no extender a las mujeres las cargas familiares de sujetos a quienes les unen sólo vínculos de afinidad, no de consanguinidad, promoviendo que, en tales casos, sean los varones consanguíneos los que asuman las funciones de atención y cuidado de aquéllos, no es menos cierto que tal previsión también podría estar sirviendo, sin asegurar esa otra finalidad, para restringir el disfrute de derechos conciliatorios que la norma legal no condiciona a tal cualidad de parentesco.

C) LAS MEDIDAS O ACCIONES POSITIVAS: EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE PARA SU IMPLANTACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL

Las acciones positivas, como técnica extensamente aplicada ya en la consecución de los objetivos de igualdad (9), han venido formando parte de nuestro andamiaje jurídico laboral desde hace tiempo, aun cuando no cabe duda de que es tras la LO 3/2007 cuando resultan particular y rotundamente proclamadas como instrumento imprescindible para la consecución de la igualdad material entre mujeres y hombres, identificándose, concretamente, en su artículo 11, que llama a la implantación de estas medidas que caracterizan los más evolucionados enfoques sobre la igualdad entre ambos sexos. Así, aunque el debate sobre las acciones positivas, como medidas preferenciales temporales al servicio de la igualdad material o de oportunidades, que en el contexto laboral favorecen la incorporación de la mujer al mercado de trabajo y su mantenimiento dentro de él, no siempre han resultado incuestionables y han contado con posiciones abiertamente contrarias a su ejecución (10), hoy apenas se duda de su necesidad y aptitud para asegurar la igualdad de oportunidades, si garantizada la razonabilidad y proporcionalidad de la medida en cuestión (11), como contempla el propio precepto recién citado. Todo ello sin perjuicio de que se siga discutiendo la mayor o menor eficacia de esta técnica, toda vez que es incapaz de asegurar de modo absoluto una igualdad de resultados y, desde luego, de que se mantengan posiciones no coincidentes en orden a su conte-

(9) Denominadas también medidas de discriminación positiva o inversa, estas últimas resultan expresiones menos afortunadas, por el significado peyorativo y de excepción al principio de igualdad de trato que arrastran, al tiempo que ignoran que el favorecimiento de la mujer no hace sino venir a corregir su desigualdad de partida y en tanto la misma perdure. Es lo que ALEXY propone tras la consideración de que la norma de igualdad de tratamiento y desigualdad de tratamiento opera asimétricamente, obligando en primera instancia a un tratamiento igual salvo que existan razones justificativas de un tratamiento desigual, concluyendo que a favor de la igualdad *de iure* existe una carga de argumentación que no existe respecto de la igualdad de hecho (*Teoría de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 412). Por su parte, sobre la confusión terminológica que suele acompañar a los conceptos de acción positiva, discriminación positiva y discriminación inversa, *vid.* SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, CES, Madrid, 1999, pp. 75 y ss., para quien la acción positiva es un paso más en el principio de igualdad de oportunidades que se diferencia no en los objetivos que persigue sino en los medios que utiliza, rechazando la expresión de discriminación positiva por interpretar que con ella no se otorga a la mujer un trato más favorable, sino que, en realidad, proporciona condiciones de empleo idénticas a las de los hombres; también, JIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999. Por su parte, el Programa Óptima definió bien pronto la medida positiva como un instrumento temporal y compensatorio de la desigualdad de condiciones de la mujer en el punto de partida encaminada a incrementar su presencia en todos los sectores, profesiones y niveles de responsabilidad (INSTITUTO DE LA MUJER, *Guía de desarrollo de acciones positivas*, Instituto de la Mujer, Barcelona, 1995, p. 18).

(10) Sobre la cuestión, *vid.*, ampliamente, SIERRA HERNÁIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit.

(11) Razonabilidad y proporcionalidad como presupuestos de la acción positiva destacados por las SSTC 19/1989, 28/1992, 3 y 109/1993 y 16/1995. Por su parte, el TJCE ha proporcionado claridad sobre la cuestión, confirmando la legalidad de las medidas estatales de acción positiva siempre que no se conviertan en preferencias automáticas o discriminaciones injustificadas de la mujer y se valoren objetivamente (asuntos *Marshall*, *Abrahamsson* y *Badeck*, que superan la anterior posición contraria expuesta en el asunto *Kalanke*).

nido y alcance, como demuestra la sola referencia al sistema de cuotas, por señalar un significativo ejemplo al que se hará posterior mención.

La medida positiva trata de interpretar un nuevo paradigma de la igualdad por razón de sexo, no sólo admitiendo, sino recomendando tratamientos desiguales entre hombres y mujeres como resultado de la consideración de que es el sexo el factor constitutivo y origen de la situación de desigualdad entre ambos grupos, situándose, entonces, a las mujeres en la posición que les hubiera correspondido naturalmente de no existir discriminación. De ahí que este instrumento cobre posiciones una vez que se admite que la garantía de la igualdad no se agota en la igualdad de trato entre mujeres y hombres o, si se quiere, en el reconocimiento y aplicación de derechos idénticos, sino que exige la tutela de la igualdad de oportunidades, corrigiendo las situaciones de desequilibrio estructural que hacen del género un argumento peyorativo de incidencia directa e indirecta mediante técnicas capaces de acabar con una situación de inferioridad manifiesta de la mujer en sus condiciones de empleo y trabajo. Y es aquí donde se muestra la mayor complejidad del análisis, la mayor dificultad de dar respuesta eficaz a los problemas detectados y la mayor necesidad de interpretar la igualdad en su faceta emancipatoria o correctora de desequilibrios estructurales que han encontrado en el género un argumento peyorativo de incidencia directa e indirecta.

En otras palabras, el problema de la discriminación no puede interpretarse sólo como una mera cuestión de igualdad, sino de protección de colectivos marginados, débiles o desfavorecidos, evitando el mantenimiento de diferencias o desigualdades histórica y socialmente consolidadas, obligando, en el ámbito laboral que aquí más interesa, a acabar con una situación de inferioridad manifiesta de la mujer en sus condiciones de empleo y trabajo. En este sentido, como acaba de anticiparse, no sólo no está vetado un tratamiento diferenciador que favorezca a las mujeres en el terreno de las relaciones laborales, sino que forma parte del principio mismo de igualdad y no discriminación por razón de sexo el acometimiento de actuaciones compensadoras de dicha desigualdad inicial y real e impulsoras de la igualdad de oportunidades de la mujer en el empleo.

En el terreno, pues, de las medidas positivas, como última herramienta necesaria ante situaciones patentes de desigualdad de las mujeres en el trabajo, como recalca el aludido artículo 11 LO 3/2007, su actuación resulta obligada para los poderes públicos, pero es voluntaria para los privados. A diferencia del mandato antidiscriminatorio, imperativo para todos, la medida positiva sólo puede desenvolverse en el sector privado desde la voluntariedad, aun promovida a través de sistemas de incentivos económicos, fiscales y sociales para los empleadores que libremente las implanten, como sucede, de forma paradigmática, con las fórmulas concretadas en la concesión de subvenciones públicas a la contratación de mujeres en determinadas circunstancias o el distintivo empresarial en materia de igualdad. Por ello, no extrañará de aquella norma que las medidas positivas se establezcan como obligatorias en el ámbito de la administración y de las acciones y políticas públicas, quedando remitidas, en general, en materia de empleo en el sector privado, al convenio colectivo, mediante reservas y preferencias en la contratación de mujeres en igualdad de condiciones de idoneidad respecto de los hombres, así como, en idénticas circunstancias, en la clasificación profesional, promoción y formación y, sobre todo, con cuantas otras medidas puedan incluirse en los planes de igualdad de las empresas, que cobran un singular protagonismo (art. 17.4 ET).

En efecto, en cuanto a la negociación colectiva, esta fuente de la relación laboral puede mostrarse como un inestimable banco de pruebas para romper las inercias que mantienen inalterado el *status quo* que perjudica a las mujeres en el mundo del trabajo y para torcer la neutralidad normativa basada en la atribución de derechos a mujeres y hombres en términos de estricta igualdad. No en vano el legislador encomienda, en términos de imperativo legal, la obligación de elaborar, mediante la negociación colectiva, planes de igualdad en las empresas de más de 250 trabajadores y en las que así se haya previsto por convenio o por decisión de la autoridad laboral en procedimiento sancionador que sustituye por esta vía la imposición de sanciones accesorias (art. 45.1 a 4 LO 3/2007), sin perjuicio de los incentivos y apoyo técnico necesario para la implantación de planes de igualdad en las restantes empresas (arts. 45.5 y 49 LO 3/2007). Llamada a la negociación colectiva que no inaugura, sin embargo, este contenido convencional, toda vez que la misma ya venía haciéndose eco de estas cuestiones antes de la habilitación legal, como demuestran los sucesivos Acuerdos Interprofesionales para la Negociación Colectiva que, desde 2002 y hasta 2008, progresivamente han dedicado más numerosas e incisivas recomendaciones a los sujetos negociadores en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres (12). No obstante, es de temer que estos planes de igualdad, a imagen y semejanza de lo que con tanta frecuencia se imputa a los planes de prevención en las empresas, terminen convirtiéndose en una mera declaración de intenciones o, lo que es peor, en una obligación de la que se dé un cumplimiento exclusivamente nominal o formal, no sustantivo (se elaboran los planes de igualdad, pero no se cumplen sus objetivos). Por no mencionar otro aspecto no menos relevante, cual es la posible materialización de esos planes en un simple acuerdo de mínimos, eludiendo compromisos audaces o medidas de alcance, como sería lo deseable, porque su difícil cumplimiento podría determinar la imposición de sanciones caso de no alcanzarse en los términos propuestos.

(12) En relación con el AINC 2008 (Acta de prórroga del AINC 2007, registrada y aprobada por Resolución 21 de diciembre de 2007, *BOE*, 14 de enero de 2008), contiene un Anexo II que reproduce y da por buenas las recomendaciones de su antecesor de 2007, señalando, como materia a tratar en los convenios colectivos las siguientes: 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; la fijación de criterios de conversión de contratos temporales a fijos que favorezcan a las mujeres cuando, en igualdad de condiciones y méritos, se encuentren afectadas en mayor medida que los hombres por el nivel de temporalidad; 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 subsanación de las diferencias retributivas por una inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor; el análisis y aplicación, en su caso, de sistemas de valoración de los puestos de trabajo que permitan evaluar periódicamente el encuadramiento profesional; un tratamiento de la jornada laboral, vacaciones, programación de la formación u otras que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar; la evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de género, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria que se dotará, en su caso, del correspondiente asesoramiento. Además, se da conocimiento de la LO 3/2007, reproduciendo algunos de sus preceptos, acompañados, en ocasiones, de alguna breve explicación, a través de la mención específica de tres contenidos: planes de igualdad de las empresas, medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y medidas para la prevención del acoso sexual y acoso por razón de sexo.

Pero, lo anterior al margen, en este terreno lo cierto es que el convenio colectivo, sobre dar sentido a la idea de la transversalidad en la órbita de las relaciones entre particulares, porque requiere estudio, diagnóstico de situación y planificación de actuaciones, lo que aquella estrategia presupone, posee una doble virtualidad de la que carecen otras herramientas al uso. De un lado, se desenvuelve allí donde más desigualdades y discriminaciones se siguen manifestando, la empresa y el ámbito de las relaciones laborales; de otro, por su apego a las necesidades organizativas y productivas y su carácter negociado, resulta un mecanismo especialmente apto para explorar medidas de autorregulación que el legislador no está en disposición de imponer con carácter general. Todo ello hace de la negociación colectiva instrumento ideal para el desarrollo del moderno enfoque de la igualdad en el mundo del trabajo.

Con todo, el resultado es, a día de hoy, decepcionante, sin perjuicio de advertir que la impronta de la LO 3/2007 no ha tenido tiempo de dejarse notar todavía en toda su extensión en buena parte de las mesas de negociación. Con esa salvedad, la foto revela que la mayoría de los convenios eluden el tratamiento de estas cuestiones, aunque es menos justificable que sigan reconociéndose ejemplos que incorporen discriminaciones, directas e indirectas, en fórmulas manifiestamente mejorables y ancladas aún en una visión de la igualdad, en el mejor de los casos, puramente formal. Situación a la que, sin duda, contribuye la escasa participación femenina en las mesas de negociación, que impide visualizar en los procesos negociales las diversas necesidades y expectativas que las mujeres tienen en relación con la vida laboral respecto de los hombres. Ello por no aludir, en orden a las discriminaciones (indirectas) más frecuentemente consolidadas en los convenios colectivos, a que tales instrumentos están perdiendo una buena oportunidad para el logro de la igualdad entre hombres y mujeres, al evitar intervenir preventivamente en el ámbito de la igualdad salarial mediante el análisis del impacto de género de las tablas salariales que prevén, lo que, de haberse actualizado, trasladaría el ámbito de actuación del principio de la igualdad salarial desde el terreno reparador, que exige acción judicial, al momento preventivo de la negociación colectiva.

En definitiva, aunque la existencia de discriminaciones es intolerable, y allí donde los convenios mantienen desigualdades injustificadas directas o indirectas por razón de sexo hay que mostrarse inflexibles, se puede ser todavía más condescendiente con la implantación convencional del principio de transversalidad de la dimensión de género, aunque siendo tal la técnica a aplicar en los planes de igualdad de las empresas, es esperable que ese espíritu impregne los futuros convenios colectivos. Porque incluso los que tienen más presente los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres no dejan de dar muestras de prejuicios de género y perpetuación de desigualdades, lo que se advierte en ocasiones desde la propia utilización de un lenguaje que, pretendiendo ser políticamente correcto y sensible a la igualdad, es en realidad profundamente sexista. Asunto que excede lo formal para introducirnos en el terreno de lo sustantivo, porque impide la modificación de los reiterados estereotipos sexistas y consolida la segregación de funciones sociales. De ahí que haya de valorarse como positiva la eliminación de denominaciones de este tenor en la clasificación profesional que, a no dudar, resulta lo más asequible, pero hay que progresar aún en la desaparición del convenio de un modelo regulador que se sirve con carácter general de referencias al «trabajador» como genérico neutro comprensivo de mujeres y hombres, si bien acompañado de referencias

explícitas a la «trabajadora» cuando se trata de establecer derechos de conciliación o de protección frente a las conductas de acoso, por citar sólo dos ilustrativos ejemplos de la implícita atribución de roles a ambos sexos.

Por su parte, en lo relativo a las «cuotas» en tanto concreta medida positiva para la igualdad, es de destacar, como se señaló, que identifica la única técnica con efectos directos sobre el resultado, esto es, garantizando la presencia de la mujer, y no sólo sobre los medios utilizados para alcanzarlo. Pero este sistema sólo es aplicable en el ámbito laboral en casos de empate de idoneidad, como se dijo impone la normativa europea, así como la interpretación que de ella da el TJCE y como confirma también el propio artículo 17.4 ET (13), porque no se quiere garantizar a las mujeres un puesto de trabajo o una promoción profesional con exclusión de un hombre de mayor mérito; todo ello sin perjuicio de que, como se sabe, los poderes empresariales de contratación de trabajadores y de promoción profesional de los ya empleados no responda en exclusiva al principio de mérito, existiendo un cierto margen de apreciación difícilmente objetivable. De ahí que el sistema de cuotas sólo resulte practicable en ámbitos donde el principio de mérito no está en juego, como las medidas de empoderamiento decisorio donde un existe un amplio margen de discrecionalidad en la designación, según sucede en los casos de puestos políticos, comités consultivos, comisiones de valoración y similares, como destacan los artículos 52 a 54 LO 3/2007, y, en las condiciones más flexibles y dilatadas en el tiempo de su aplicación que prevé el artículo 74 de la misma Ley, los consejos de administración de las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada. Al margen las limitaciones expuestas, lo cierto es que el sistema de cuotas supone hablar, más que de medidas positivas, de fórmulas de profundización en la idea de democracia, garantizando, a la larga a ambos sexos, aunque inicialmente favorezca al menos representado, ostentar una representación equilibrada en los centros de decisión y poder (14).

D) LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y SU ¿DISIMULADA? PRESENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO LABORAL

Volviendo sobre otras medidas que incorpora la estrategia de la transversalidad, merece un tratamiento singular la prohibición de discriminación indirecta que, como se sabe, implica dar relevancia a las diferencias entre mujeres y hombres para luego neutralizarlas y evitar que actúen como obstáculos a la igualdad (15).

(13) Añadido por DA 11.ª Dos LO 3/2007.

(14) Más ampliamente LOUSADA AROCHENA, J.F., *El principio de transversalidad de la dimensión de género*, cit., pp. 102 y ss.

(15) Recuérdesse que el artículo 6.2 LO 3/2007, siguiendo fielmente los antecedentes normativos comunitarios, considera discriminación indirecta por razón de sexo «la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados». Por su parte, en la conocida doctrina del TJCE, el concepto se compone de dos elementos, la apariencia de discriminación fruto del efecto adverso sobre las mujeres trabajadoras de una medida neutra y la ausencia de una justificación. Inicialmente referida en el asunto *Jenkins*, se consolida como doctrina en la STJCE 3 may. 86 (Asunto *Bilka*), para reiterarse en las de 27 jun. 90

Supone prevenir, no corregir o reparar la discriminación ya producida, identificando las normas, decisiones o prácticas que, neutras en apariencia, producen un resultado desfavorable e injustificado para las mujeres. Actuación preventiva que obliga a considerar la dimensión de género en el momento mismo de diseño de la norma, decisión o práctica, exigiendo un previo análisis y valoración del impacto de género de la medida de que se trate capaz de anticiparse a la producción de efectos adversos. De ahí que la perspectiva de género no pueda agotarse en la elaboración y ejecución de las normas, extendiéndose a su seguimiento y evaluación de sus consecuencias. Y es aquí donde cobra interés otro elemento ineludible de la transversalidad: el análisis estadístico y el manejo de indicadores de medición desde un enfoque de género.

Esto es, detectar discriminaciones indirectas impone reconocer el impacto que la aplicación de las normas y la ejecución de las políticas públicas, así como los actos privados producen en mujeres y hombres, permitiendo delatar en medidas aparentemente neutras efectos sexistas. La frecuente invisibilidad de la desigualdad de género impide erradicarla, jugando en ocasiones en su contra el hecho de que las estadísticas no reflejan esta situación de desigualdad, pasando desapercibida o, lo que a veces es peor, como un valor socialmente admitido. Y ello requiere, más que elaborar estadísticas específicas sobre la mujer y, en su caso, hacer la comparativa con las del hombre, integrar en los estudios estadísticos la perspectiva de género, posibilitando el conocimiento de las diferencias en los valores, roles, situaciones, condiciones, aspiraciones y necesidades de mujeres y hombres, así como su interacción en la realidad que se analice, en el sentido y con la amplitud contemplados en el artículo 20 LO 3/2007. Sin olvidar la inclusión sistemática de la variable sexo en los datos estadísticos, el modelo propuesto implica, sobre todo, un tratamiento singular de tal variable, cruzándola con otros indicadores y convirtiendo el sexo en una categoría transversal, lo que aún está lejos de generalizarse en la práctica.

Un análisis de la realidad social como el descrito es seguro que será capaz de desvelar desigualdades hasta ahora ocultas, permitiendo adoptar decisiones adecuadas. Así, con tratamientos de tal tenor es cómo se está en condiciones de advertir, por ejemplo, que la concesión de una mayor duración del período de suspensión por maternidad para permitir el disfrute del mismo a los hombres o un reparto más

(Asunto *Kowalska*), 7 de febrero de 1991 (Asunto *Nimz*) y 27 de octubre de 1993 (Asunto *Enderby*). Para dicho tribunal, cuando una medida afecta en realidad a un número mucho mayor de personas de un sexo que de otro, dicha medida debe considerarse contraria al objetivo perseguido por el artículo 119 del Tratado, a menos que se demuestre que está justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo. *Vid.*, analizando pormenorizadamente la jurisprudencia del TJCE, ÚBEDA DE RAMOS, A., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo a la luz de la jurisprudencia del TJCE», *RFDUC*, 2002, pp. 171 y ss.; SANZ CABALLERO, S., «Contribución del TJCE a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres», en RIDAURA MARTÍNEZ, M.ª J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (Coords.), *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004, pp. 265 y ss.; VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Igualdad por razón de sexo y Constitución Europea*, cit. También, en general sobre la discriminación indirecta, SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*, CES, Madrid, 1994, pp. 47 y ss.; SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*, cit., pp. 33 y ss. y 75 y ss.; SIERRA CRISTÓBAL, R., «La discriminación indirecta por razón de sexo», en RIDAURA MARTÍNEZ, M.ª J. y AZNAR GÓMEZ, M. J. (Coords.), *op. ult. cit.*, pp. 3 y 6 y 5 y s s .

equilibrado entre padre y madre puede acabar confirmando la desigualdad sin favorecer la asunción por los hombres del cuidado de los hijos, por terminar cediéndose a la madre el mayor tiempo concedido inicialmente para el señalado reparto más equitativo e igualitario entre ambos progenitores, como se contrastó en su momento en los ordenamientos sueco e islandés que inauguraron este tipo de actuaciones. De ahí que, como se dijo, no siempre una ampliación indiscriminada de derechos conciliatorios coadyuve a la igualdad.

Pero donde se hace especialmente sensible en el ámbito laboral el efecto adverso de una medida aparentemente neutra (discriminación indirecta) es en relación con la contributividad de la pensión de jubilación, que hace que la discriminación o la mera diferencia en las condiciones laborales se proyecte después en la protección social sustitutiva de los salarios de actividad, dado que la acción protectora de la Seguridad Social se condiciona a los ingresos obtenidos durante la vida activa, que determinan lo cotizado al sistema y sirven de método de cálculo de las prestaciones (16). En efecto, la desigualdad retributiva, ya sea fruto de la discriminación, ya de otros factores tales como la segregación ocupacional, que desvalorizan el trabajo de la mujer en tales profesiones, así como las frecuentes interrupciones que, como es sabido, se producen en la actividad laboral de las mujeres se plasman de modo inevitable en la protección social del retiro de la vida activa. En este punto se hace patente una circunstancia que es susceptible de quebrar la absoluta neutralidad de este método de cálculo, sacando a la luz elementos capaces de penetrar en el territorio de la discriminación indirecta, haciendo de la regla de cálculo de la pensión, que persigue adecuar su importe a la carga contributiva soportada por el asegurado y aproximar su cuantía a los ingresos medios del beneficiario en un período estimable de su vida laboral, una fórmula que perjudica especialmente a las mujeres, como resultado de esa diferencia estructural y social que representa la condición femenina en el empleo; en este caso, salarios inferiores y períodos de inactividad, que repercuten también en el cálculo de la pensión a través de la técnica de la integración de lagunas con las bases mínimas de cotización.

En puridad, el método de cálculo de las pensiones no atiende, expresa o implícitamente, al sexo de los asegurados, por lo que no contiene una discriminación directa, pero afecta, introduciendo un tratamiento adverso, al colectivo de trabajadores que ha percibido salarios inferiores o ha trabajado de forma menos continua, con interrupciones en su vida laboral, o lo ha hecho a tiempo parcial, colectivo compuesto mayoritariamente por mujeres. De ahí que un enfoque de género debiera permitir articular medidas positivas capaces de compensar dicha realidad adversa.

En este punto, en lo que afecta a las diferencias retributivas no declaradas discriminatorias, no parecen pensables fórmulas de cálculo más favorables para la determinación del importe de la pensión de jubilación de las trabajadoras respecto de la utilizada con los trabajadores (17), porque quebraría el principio de contribu-

(16) Sobre este tema, ampliamente, VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., «La repercusión de la discriminación en el empleo por razón de género sobre la pensión de jubilación», en AA.VV., *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 1.501 y ss.

(17) Si bien se ha propuesto, como posible forma de eliminación de la discriminación en la protección social derivada de la retributiva, aun reconociendo la ausencia de apoyos normativos, el

tividad de la pensión de jubilación, por no mencionar la dificultad de establecer una ponderación genérica capaz de depurar en el momento de la jubilación la mayor debilidad económica de las mujeres durante su vida laboral, reconociendo en este instante un tratamiento más favorable compensatorio de la ya aludida menor protección del retiro por edad de las trabajadoras. La única solución es la represión y sanción, mediante la eliminación de cualesquiera efectos perjudiciales sobre el colectivo afectado, de las conductas contrarias al principio de no discriminación retributiva por razón de género, a la espera de que cambie la realidad de desvalor del trabajo de la mujer que alimenta esta diferenciación.

Por su parte, en lo que se refiere a otras condiciones de empleo no constitutivas de discriminación retributiva pero con repercusión salarial y prestacional, fruto de la singular situación de las mujeres en el mercado de trabajo, en especial en lo relativo a su papel de cuidadoras o sostenedoras de las cargas familiares y a su necesidad de compatibilización de estas últimas con la actividad profesional, este contexto ciega cualquier posibilidad de desenvolver las técnicas de la tutela antidiscriminatoria, al no deducirse de actos antijurídicos sino de una realidad social diferenciadora por razón de género. Pero ello no debe dejar neutrales a los poderes públicos, como de hecho ya ha sucedido con algunos ajustes normativos recientemente introducidos en nuestro sistema jurídico laboral. De una parte, las modificaciones operadas sobre el trabajo a tiempo parcial, para evitar la estricta proporcionalidad o la simple equivalencia respecto de la contratación a tiempo completo, porque ello ignora su desvalor desde el punto de vista profesional y la precarización de sus condiciones de trabajo (18); de ahí la regla relativa a los días teóricos de cotización que intentan paliar la penalización de los trabajadores a tiempo parcial en el disfrute de sus derechos de protección social. De otra, la consideración como cotizados de ciertos períodos de inactividad ligados a la atención de cargas familiares, que ha sido mejorado por la LO 3/2007, que incorpora, ahora como novedad, la consideración de cotizado a tiempo completo del intervalo de los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de hijos, incrementado en supuestos de familias numerosas, extendiendo igual regla a la excedencia precedida de tal reducción de jornada y a la prestación de desempleo causada en idénticas circunstancias de reducción de jornada (arts. 180 y 211.5 LGSS, en su redacción dada por DA 18.^a doce y trece LO 3/2007). Finalmente, y de nuevo resultado de la reiterada Ley Orgánica, la consideración también como período cotizado a efectos de prestaciones futuras del período por mater-

establecimiento de un tipo específico aplicable a la base reguladora discriminatoria, a fin de que la cuantía de la prestación resultante de dicha fórmula se aproximara a la que hubiera correspondido de no haberse producido el tratamiento retributivo discriminatorio, haciendo recaer directamente sobre las entidades gestoras la corrección sin necesidad de imputar la responsabilidad empresarial (QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 305 y ss.).

(18) Que el trabajo a tiempo parcial esté asociado a las mujeres potencia la discriminación y perpetúa las desigualdades, siendo aquella estrecha vinculación causa y consecuencia de la precariedad de este contrato, en un círculo vicioso difícil de sortear (TUDELA CAMBRONERO, G. y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., *Tiempo de trabajo y flexibilidad laboral*, Fundación Alternativas, Madrid, 2005, p. 50 (el texto puede consultarse en la página web http://www.falternativas.org/base/download/ca4f_05-10-05_Lab%20%ALTERNATIVAS%2072.pdf). También, CASTAÑO, C.; IGLESIAS, C.; MAÑAS, E., y SÁNCHEZ-HERRERO, M., *Diferencia o discriminación. La situación de las mujeres españolas en el mercado de trabajo y el impacto de las tecnologías de la información*, CES, Madrid, 1999, pp. 148 y ss.

nidad o paternidad que subsista a la fecha de extinción del contrato de trabajo o que se inicie durante la percepción de la prestación por desempleo (art. 124.6 LGSS, modificado por DA 18.^a seis LO 3/2007).

Se trata, pues, de una suerte de socialización de la compensación de los efectos adversos derivados de la desigualdad entre mujeres y hombres, en la consideración de que las primeras contribuyen activamente al sistema en tanto sostenedoras de cargas sociales tales como la atención a los hijos y a la familia en general. De este modo, las trabajadoras que abandonan el mercado de trabajo en períodos determinados por razones familiares o aquéllas que reducen su jornada laboral y, por consiguiente, su salario y cotizaciones sociales por idénticos motivos, ven parcialmente compensado su mayor esfuerzo en este ámbito con un régimen no exactamente idéntico al de quienes no realizan esa misma aportación social, recibiendo un tratamiento más favorable susceptible de traducirse en el cálculo de la cuantía de la pensión. En otras palabras, el fundamento de tal opción es interpretar que los años dedicados a tareas de cuidado de los hijos y familiares también son años productivos, aun no remunerados, compensándose por la sociedad que, en su conjunto, se beneficia de tales tareas mediante el instrumento de la protección social, haciendo efectivo el principio redistributivo intrínseco y consustancial a tal sistema público, además de servir de vehículo para la eliminación de una discriminación indirecta de las mujeres resultado de su singular situación laboral. Medida que, además, tiene también en su haber que en absoluto afecta a las empresas, para las que la contratación de mujeres ya resulta suficientemente disuasoria.

En conclusión, la medida compensatoria, que revaloriza socialmente y reconoce utilidad también económica a una función básica merecedora de un trato preferente que rompa la perpetuación de la infraprotección a que conduce una exacta proporcionalidad entre cotizaciones efectuadas y prestaciones reconocidas, parece un avance indudable, aun cuando no se extiende a todo el período de efectivo sostenimiento de cargas familiares que dan derecho a suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada en el mismo, lo que deja aún recorrido a la profundización de la medida positiva. Falta de simetría entre el efecto contractual y el prestacional que tiene que ver, entre otras cosas, con que tal solución imputa al sistema público el coste de dar por cotizados períodos por los que no se han ingresado cuotas, pero que se consideran como si hubieran sido ingresadas a efectos del acceso a pensiones futuras.

III. CONCLUSIÓN BREVE

En definitiva, técnicas como las recién señaladas ya adoptadas en nuestro sistema o propuestas para su eventual futura implantación dan sentido pleno y veraz, en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo, a la reiterada transversalidad y alcance horizontal del principio de igualdad que inspira la regulación de la LO 3/2007, al tiempo que permiten abrir nuevos frentes de ataque contra la desigualdad estructural entre mujeres y hombres que es esperable concluyan en resultados apreciables desde la perspectiva del avance en la consecución de posiciones sociales y laborales más equilibradas entre ambos sexos. No obstante, aun siendo un instrumento imprescindible, no puede dejar de advertirse que dicha Ley, como casi cualquier

otro instrumento normativo, resulta insuficiente. De una parte, porque todavía se advierten huecos o aspectos jurídicos susceptibles de acciones o intervención normativa más comprometidas con la igualdad material; y, de otro, muy especialmente, porque las leyes no bastan por sí solas para modificar conductas, hábitos sociales y estereotipos profundamente anclados en valores sexistas de los que son tributarias las desigualdades estructurales entre hombre y mujer que se dejan sentir en todas las facetas de la vida.

Sin menospreciar la eficacia de las técnicas jurídicas para eliminar la desigualdad entre mujeres y hombres en el trabajo, hay que recordar que dicha situación es resultado de una concreta atribución de estereotipos sociales y de la mentalidad propia de una sociedad patriarcal y de un modelo familiar que provoca diferenciación y segmentación por razón de sexo, que deja sentir sus efectos en el plano laboral de forma muy singular porque en él se hacen patentes las dificultades de congeniar ese rol familiar y social con la condición de trabajador, en una colisión de papeles que otras facetas de la vida pueden eludir más fácilmente. Sólo la modificación de ese sustrato estereotipado y de ese entendimiento segregado del rol de mujeres y hombres arraigado en el tejido social es capaz de producir la completa erradicación de esa discriminación más social que jurídica, en la que el derecho encuentra plurales dificultades para asegurar la equiparación plena entre ambos sexos.

De ahí que no sólo al legislador, sino a la sociedad en su conjunto, incumba la superación de prejuicios y la transformación de estándares de conducta capaces de quebrar las inercias que mantienen infravalorada la posición de la mujer en el mercado de trabajo –y en tantas otras facetas de la vida–, a cuyos fines no resultan desdeñables cuantos instrumentos, dentro y fuera de nuestra parcela jurídica, puedan ponerse al servicio de la cultura de la igualdad entre mujeres y hombres y, muy especialmente, de la educación para ese mismo objetivo, de nuevo en conexión con la previsión legal de integración activa del principio de igualdad de trato y de oportunidades en las políticas educativas que quieren los artículos 23 a 25 LO 3/2007. Y es que sólo una interiorización social real y plena del valor de la igualdad entre mujeres y hombres es susceptible de torcer la inveterada y fuertemente consolidada desigualdad por razón de sexo, que se advierte a todos los niveles y casi en cualquier ámbito hacia el que se dirija la atención.

