

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

TUTELA Y PROMOCIÓN DE LA PLENA  
INTEGRACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO

LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA  
TERESA PÉREZ DEL RÍO

JESÚS CRUZ VILLALÓN  
EVA GARRIDO PÉREZ  
CARMEN FERRADANS CARAMÉS  
Coordinadores

55



JUNTA DE ANDALUCÍA

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO



**MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES**

**TUTELA Y PROMOCIÓN DE LA PLENA  
INTEGRACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO**

**LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA  
TERESA PÉREZ DEL RÍO**

**55**



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
**CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO**

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización. La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas por el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales incumben exclusivamente a sus autores y su publicación no supone que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2015

© Los autores, 2015

ISBN: 978-84-608-3865-4

Imprime: TECNOGRAPHIC, S.L. Artes Gráficas

Depósito Legal: SE 1777-2015

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES



TUTELA Y PROMOCIÓN DE LA PLENA  
INTEGRACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO

LIBRO HOMENAJE A LA PROFESORA  
TERESA PÉREZ DEL RÍO



## ÍNDICE

<b>Presentación</b> .....	9
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
EVA GARRIDO PÉREZ	
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	
<b>Bibliografía de la profesora Teresa Pérez del Río</b> .....	13
<b>Discriminación de género y “otras” discriminaciones: la discriminación múltiple y las mujeres</b> .....	21
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER	
MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ	
<b>Igualdad de trato y no discriminación en la actividad de intermediación laboral</b> .....	41
FERNANDO VALDÉS DAL-RE	
<b>Derecho a la propia imagen y discriminación de la mujer en el trabajo</b> .....	61
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
<b>Desigualdad, vulnerabilidad y precariedad en el análisis jurídico de género</b> .....	87
ANTONIO BAYLOS GRAU	
<b>Retos, expectativas y decepciones del derecho a la conciliación de responsabilidades</b> .....	103
AMPARO BALLESTER PASTOR	
JAIME CABEZA PEREIRO	

<b>La cuestión de género en los mecanismos de representación del personal</b> .....	139
EVA GARRIDO PÉREZ	
<b>Acoso y violencia sexual y sexista, y en especial su tratamiento en la negociación colectiva</b> .....	171
FERNANDO LOUSADA AROCHENA	
<b>Evaluación y seguimiento de Planes de Igualdad</b> .....	197
BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO	
<b>El impacto de género producido por las últimas reformas en la pensión de jubilación</b> .....	225
M <sup>a</sup> LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ	
<b>La participación de la mujer en el sector de la construcción naval</b> ...	249
FRANCISCA FUENTES RODRÍGUEZ	
<b>Impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial</b> .....	259
CARMEN FERRADANS CARAMÉS	
<b>Las estrategias probatorias de las partes y la tutela de la discriminación por razón de género</b> .....	285
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
<b>Políticas de género y responsabilidad social de las empresas</b> .....	315
EVA SALDAÑA VALDERAS	
CRISTINA AGUILAR GONZÁLVEZ	
<b>Cuestiones de actualidad acerca del alcance del derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de maternidad no biológica versus biológica</b> .....	339
M <sup>a</sup> JOSÉ CERVILLA GARZÓN	
CARMEN JOVER RAMÍREZ	
<b>La no discriminación por razón de género en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</b> .....	361
THAIS GUERRERO PADRÓN	
ISABEL RIBES MORENO	

## PRESENTACIÓN

Teresa Pérez del Río ha venido constituyendo el referente por excelencia dentro de la doctrina iuslaboralista del estudio y defensa de la igualdad real y efectiva de la mujer en el trabajo. Desde sus inicios, con la pionera tesis doctoral sobre la no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo, allá por los inicios de la década de los ochenta del siglo pasado, orientó toda su actividad de investigación, docente, así como de participación en el debate social, sindical y político hacia las acciones de superación de la postergación de la mujer en las relaciones laborales, que por extensión era una aspiración de igualdad de la mujer en el conjunto de la sociedad. Ello le ha permitido abordar, desde una perspectiva transversal y multidisciplinar, las riquísimas y bien amplias vertientes del conjunto de la normativa laboral y de protección social en ese impacto siempre influyente sobre la paridad de posiciones por razón de género. Sobre todo ha sido capaz de sacar a la luz cómo actuaciones normativas o de políticas públicas aparentemente neutras provocaban de manera inmediata efectos dispares en razón de la condición de mujer, con recurrentes efectos negativos en esos objetivos finales de igualdad social por razón de género. No ha habido institución laboral o de protección social, política pública, intervención de las organizaciones sindicales y empresariales, actuación a nivel internacional, europeo, estatal, autonómico, local o convencional que se le haya escapado a su interés por analizarlo y diseccionarlo desde esta perspectiva de género, pues era una convencida del valor de la transversalidad y lo lleva a la práctica en cada ocasión en la que estuvo a su alcance la correspondiente reflexión. Especialmente ha destacado su labor de describir la realidad del techo de cristal, desde tiempos ya lejanos, cuando pocos eran capaces de detectar su presencia e intensidad de influencia. Por todo ello, el nombre de Teresa Pérez del Río va inexorablemente unido a todo un proceso colectivo de avance en la igualdad de la mujer, que a pesar de ser resultado del esfuerzo de muchos, en su caso ha constituido un empeño personal concienzudo, tenaz, riguroso y de una efectividad destacada.

La profesora Pérez del Río inició su actividad en la Universidad de Salamanca, y bajo la dirección del profesor Fernando Valdés Dal-Ré obtuvo la máxima calificación en la defensa de la tesis doctoral titulada “*El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*”, que tanto impacto académico ha tenido en años posteriores y que aún sigue siendo un importante referente en los estudios sobre esta temática. Los primeros años de carrera universitaria los desarrolló en la Universidad de Cáceres, hasta que en 1982 llegó a la Universidad de Cádiz, que ha tenido el honor de acogerla durante todos estos años, y en la que tomó posesión de su plaza como Catedrática de Universidad en el año 2006. Su plena dedicación a esta Universidad de Cádiz se ha extendido también a la asunción de diversas responsabilidades de gestión universitaria, tales como la dirección del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz, de 1999 a 2005, o de la Unidad de Igualdad de la Universidad de Cádiz, de 2010 a 2011.

A su tesis doctoral, ya citada, se pueden adicionar otras monografías sobre la materia, *Mujer e Igualdad: estudio en materia social y laboral (La evolución de la normativa y la jurisprudencia comunitaria y de la jurisprudencia constitucional 1994-1998)* o *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, así como un amplio número de aportaciones a libros colectivos y de artículos en revistas de reconocido prestigio. Asimismo, la profesora Pérez del Río ha realizado informes por encargo de instituciones y organismos nacionales e internacionales y ha dirigido varios proyectos de investigación I+D y contratos de transferencia.

El conjunto de su actividad docente e investigadora, así como su grado de implicación en todos los proyectos que ha liderado, la han hecho merecedora de diversos premios y reconocimientos a nivel nacional y andaluz, entre los que ha de destacarse su selección en el año 2001 por el Consejo de la Mujer de la Comunidad de Madrid entre “Las 100 mujeres del Siglo XX que abrieron camino a la igualdad en el Siglo XXI”.

Cuando ahora se produce un discreto retiro de la profesora Pérez del Río, al pasar a la situación administrativa funcional de jubilada en el presente año, por mucho que estamos seguros que seguirá estando presente y activa en lo que para ella ha constituido un empeño tanto intelectual como ético, resulta de toda justicia rendirle el obligado reconocimiento por parte de quienes con mayor proximidad hemos vivido sus anhelos y desvelos en esta ardua tarea que ha asumido durante tantos años con tanta decisión, sin deseos particulares de protagonismo y aspiración de involucrar a cuantos le rodeaban. Precisamente por ello, desde el Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz propusimos la elaboración de un libro homenaje a su trayectoria académica y profesional, sentido homenaje que realizamos desde el intenso cariño y respeto que le

profesamos, dada su calidad personal y profesional. Su jubilación supone un momento clave de su vida académica y profesional, por lo que era obligado y de justicia abordar esta iniciativa, con la que se pretende efectuar un amplio reconocimiento a su dedicación de más de treinta años a nuestra disciplina, dentro y fuera del ámbito universitario.

Al objeto de dar una cierta unidad de tratamiento científico a la obra a publicar, buscamos un hilo conductor común a todos los trabajos, que sirviera de reflexión colectiva sobre alguna materia que permitiera ser analizada desde diversas perspectivas, pero que indiscutiblemente tenía que girar en torno a la especialidad que ha marcado su perfil investigador en el terreno de la igualdad y no discriminación de la mujer en el trabajo. Su trayectoria académica y profesional en este ámbito no sólo nos facilitó la elección del hilo conductor de todas las aportaciones de este libro homenaje, sino que sabíamos desde el primer momento constituía la mejor manera de rendirle tributo a dicha trayectoria. Con esta elección, por un lado, se afronta un tema ya clásico en el Derecho del Trabajo, que conecta con valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y con la función social de nuestra rama y, por otro, se analizan materias que nunca dejan de estar de actualidad, pues las transformaciones tan relevantes que vienen produciéndose en los últimos años, tanto económico-sociales como jurídicas, también tienen repercusión sobre la igualdad y no discriminación por razón de género en el trabajo.

Dado el elevado número de profesores que integran ya nuestra disciplina, nos hemos visto obligados a introducir algún criterio de selección de los profesores invitados a participar en este libro homenaje, que, con seguridad, tiene el enorme riesgo de dejar fuera a personas que hubieran estado dispuestas a colaborar en esta iniciativa. Nuestro objetivo ha sido, en primer lugar, unir el mayor número de profesores y, en segundo lugar, contar con la presencia de aquellos que, por uno u otro motivo, han sido los más cercanos profesional y personalmente a la profesora Pérez del Río, en la medida en la que han coincidido o trabajado con ella a lo largo de su dilatada vida académica. Sólo nos queda dejar constancia de nuestro agradecimiento hacia todos aquellos que han participado, pues desde el primer momento en el que les sugerimos su participación en este proyecto, recibimos su plena disposición a colaborar en él.

Pero han sido también muchos los compañeros y compañeras de otras Universidades que conociendo a Teresa Pérez del Río, su trayectoria profesional y su profundo compromiso por visibilizar la situación laboral de las mujeres, nos han felicitado por expresar con este proyecto el reconocimiento que su figura merece. Asimismo, desde las organizaciones sindicales y especialmente desde las responsables de las secretarías de igualdad conocedoras de esta iniciativa, nos han hecho llegar sinceras expresiones de admiración y gratitud por las horas de dedicación y formación que Teresa les ha dedicado tan generosamente, y que han permitido

poner las bases de considerables avances en el terreno de la igualdad de la mujer hasta entonces desconocido e incluso desprestigiado en determinados ámbitos jurídicos.

La herencia que ha dejado la profesora Pérez del Río tras de sí, con personas formadas e interesadas en seguir avanzando en el análisis y la acción para que la igualdad por razón de género sea un pilar básico y característico en las relaciones laborales, es ciertamente indiscutible y solo personas de la talla profesional y personal de Teresa Pérez del Río consiguen dejar esta admirable y reconocida estela. Este libro es solo un pequeño acto de reconocimiento y admiración hacia una compañera que ha puesto al servicio de los demás toda su fuerza castellana, su cercanía andaluza y su brillantez académica al servicio de la Universidad y de la sociedad en general.

Finalmente, debemos manifestar nuestro más profundo agradecimiento al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, por su inmediata aceptación de la propuesta de publicación de este libro homenaje.

Jesús Cruz Villalón  
Eva Garrido Pérez  
Carmen Ferradans Caramés

# BIBLIOGRAFÍA DE LA PROFESORA TERESA PÉREZ DEL RÍO

## LIBROS

*El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo*. IELSS. Madrid. 1984.

*Discriminación e igualdad en la negociación colectiva* (en colaboración con Dra. Dña. M<sup>a</sup>. Fernanda Fernández López y Dr. D. Salvador del Rey Guanter) Ministerio de Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer. Madrid. 1993.

*Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral (La evolución de la normativa y la jurisprudencia comunitarias y de la jurisprudencia constitucional 1994-1998)*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla. 1999.

*Mujer y salud laboral* (coautora Ballester Pastor, M.A.), Edit. La Ley, Madrid. 1999.

*Igualdad y género en el empleo*. Serie Guías de negociación colectiva Consejo Andaluz de Relaciones Laborales Sevilla. 2006.

*La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*. Bomarzo. Albacete. 2009.

“La violencia de género en las pymes: Herramientas para su prevención y sanción” (coautoras Francisca Fuentes Rodríguez y Josefina Galindo Sánchez). Edit. Junta de Andalucía, Universidad de Cádiz y Fondo Social Europeo. Cádiz. 2013.

**ARTÍCULOS EN REVISTAS**

“Principio de no discriminación en la normativa de la Seguridad Social”. Revista de Trabajo, nº 71, 1983, págs. 9 a 56.

“La regularidad del ejercicio del poder de dirección empresarial y la obediencia debida”. Temas Laborales, nº 8, 1986, págs. 93 a 120.

“El concepto de asistencia social establecido por la Corte de las Comunidades Europeas y la normativa española”. Temas Laborales, nº 7, 1986, págs. 77 a 86.

“El principio de no discriminación y acción positiva: comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de oportunidades para las mujeres 1988/1990”. Documentación Laboral, nº 25, 1988, págs. 55 a 99.

“La impugnación directa de convenios colectivos por vía ordinaria”. Relaciones Laborales, 1988, Tomo I, págs. 477 a 489.

“Comentario a las últimas normas en materia de igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras y sobre protección frente a la discriminación”. Revista La Ley, nº 19, 1989, págs. 59 a 64.

“El acoso sexual en el trabajo: su sanción en el orden social y administrativo”. Relaciones Laborales, 1990, Tomo I, págs. 181 a 200.

“La dimensión social del mercado único europeo”. Revista Civitas de Derecho del Trabajo, nº 47, 1991, págs. 385 a 429.

“La normativa comunitaria en materia de igualdad de trato”. Revista Jurídica de Castilla La Mancha, nº 13, 1991, págs. 17 a 35.

“La prohibición de discriminación salarial por razón de sexo: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre el Asunto Fontaneda”. Temas Laborales, nº 38, 1996, págs. 75 a 90.

“El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”. Cuadernos de Derecho Judicial (CGPJ), nº X, 1997 (Monográfico sobre “Derechos laborales y colectivos y Derecho Comunitario”), págs. 47 a 107.

“L’impatto del diritto e dellepolitichecomunitarie in Spagna”. Europa-Europe (Istituto Gramsci) Roma; número monográfico sobre *Le politichedell’Unione Europea per le donne*, nº 3, 1997, Anno VI, págs. 213-228.

“Mujeres, trabajo y salud. Legislación laboral: definición y aplicación”. *Quadern CAPS*, nº 26, 1997, págs. 86 a 92.

“Mujer y protección social en España”. *Revista de Derecho Social*, nº 1, 1998, págs. 39 a 53

“La problemática salarial en la negociación colectiva”. *Revista de Derecho Social*, nº 3, 1998, págs. 179 a 210.

“La Ley 39/99 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: Temas de debate”. *Temas Laborales (Revista andaluza de trabajo y bienestar social)*, nº 52, 1999. págs. 39 a 68.

“La protección frente a la discriminación en el Derecho Comunitario: Las D/2000/43/CE, D/2000/78/CE y D/2002/73 de modificación de la D/1976/207/CE”. *Revista de Derecho Social*, nº 19, 2002. págs. 91 a 114.

“Comentario al Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo”. “Artículo 14” *Boletín de Análisis Jurídico del IAM*, nº 10, septiembre 2002, págs. 4 a 17.

“La regulación de la prestación de riesgo durante el embarazo en el RD 1.251/2001”. *Temas Laborales (Revista andaluza de trabajo y bienestar social)*, nº 66, 2002 (Monográfico sobre las reformas en materia de Seguridad Social), págs. 259 a 275.

“Suspensión por maternidad y derecho a vacaciones (Comentario a la S. TJCEE 18-3-2004 A. Merino Gómez)”. *Revista de Derecho Social*, nº 27, 2004, págs. 107 a 125.

“La discriminación por razón de género en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo”. *Gaceta Sindical*, nº 5, 2005, págs. 313 a 345.

“Comentario a la Sentencia del TJCE Sala Segunda 30 septiembre 2004 asunto 319/03 Briheche sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el Derecho Comunitario”. *Revista de Derecho Social*, nº 32, 2005, págs. 159 a 170.

“La conciliación de responsabilidades familiares y profesionales. Especial referencia al régimen jurídico de la maternidad: perspectivas de futuro”. *Gaceta Sindical*, nº 7, Diciembre de 2006, págs. 221 a 241.

“La violencia de género en el trabajo: el acoso sexual y el acoso moral por razón de género”. *Temas Laborales*, nº 91, 2007 (Monográfico sobre Aspecto Socio-

laborales de la Ley para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres), págs. 175 a 205.

“La Ley Orgánica para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres: Aproximación para el debate”. *Revista de Derecho Social*, nº 37, 2007 págs. 223 a 251.

“La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los Planes de igualdad en las empresas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, Número extraordinario 2007 sobre “Igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, págs. 261 a 279.

“La función de los operadores jurídicos y el principio de transversalidad de género”. *Revista de Relaciones Laborales UPV*, nº II, 2007, págs. 223 a 234.

“La acción positiva y sus instrumentos: la inclusión de cláusulas sociales de género en la contratación de las Administraciones públicas”. *Revista de Derecho Social*, nº 43, 2008 págs. 31 a 61.

“Diálogo social y negociación colectiva en Andalucía: una óptica de género. Los Planes de Igualdad en las empresas en el ámbito andaluz”. *Temas Laborales*, nº 100, 2009, págs. 878 a 921.

#### COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

“La protección penal de la libertad sindical”. *III Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales: la tutela de la libertad sindical. Las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia laboral*. Fundación Universitaria de Jerez. 1985, págs. 147 a 161.

“La reforma de la representación unitaria en la empresa”, en *VVAA Comentarios a la nueva legislación laboral*, (Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. coord.) Tomo II. Tecnos. Madrid. 1985, págs. 175 a 186.

“Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de Seguridad e Higiene en el trabajo”, en *VVAA Mujer, Trabajo y Salud*, (Barañano, M. compiladora). Trotta. Madrid. 1992, págs. 100 a 114.

“Políticas demográficas y trabajo asalariado femenino”, en *VVAA Emigración, trabajo, violencia y xenofobia en el marco de la Europa actual*. Fundación CIFFE, Comisión de las Comunidades Europeas, Ministerio de Asuntos Sociales y Comunidad de Madrid. Madrid. 1993, págs. 19 a 33.

“*Equal pay protection in industrialised market economies: in search of greater effectiveness*” (F. Eyraud et al.). International Labour Office. Ginebra. 1993, págs. 125 a 139.

“La solución extrajudicial de los conflictos laborales en la Reforma de 1994: el arbitraje en los conflictos colectivos jurídicos (Art.91 ET)”, en VVAA *El arbitraje laboral y los acuerdos de empresa* (Asociación Española Derecho del trabajo y Seguridad Social). Tecnos. Madrid. 1996, págs. 110 a 123.

“El periodo de consultas en el procedimiento de despidos por causas económicas y empresariales”, en VVAA *Los despidos por causas económicas y empresariales* (Coord. J. Cruz Villalón). Tecnos. Madrid. 1996, págs. 123 a 150.

“Los conceptos de discriminación directa e indirecta. La acción positiva”, en VVAA *La igualdad de oportunidades en el ámbito laboral: Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1997, págs. 77 a 89.

“La aplicación de la Directiva 76/207/CEE en España”, en VVAA *La igualdad de trato en el Derecho Laboral Comunitario*, (Cruz Villalón, J. Coord.). Aranzadi. Pamplona. 1997, págs. 213 a 232.

“El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en Derecho Comunitario”, en VVAA, *La igualdad de oportunidades en el ámbito laboral: Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1997, págs. 23 a 59.

“Trabajo a tiempo parcial y negociación colectiva”, en VVAA *Los efectos en la negociación colectiva de la Reforma del mercado de trabajo* (Coord. Jesús Cruz Villalón). Servicio Publicaciones UCA. 1997, págs. 145-179.

Capítulo XIV “La estructura salarial”, en VVAA *Negociación colectiva en la Junta de Andalucía*, (Coord. Jesús Cruz Villalón). Consejería de Gobernación y Justicia e Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla. 1997, págs. 473 a 492.

Capítulo I “Introducción. Principios de discriminación indirecta y acción positiva. Estructura y articulación de la negociación colectiva”, en VVAA *La discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva* (Coordina Teresa Pérez del Río). MTAS. Madrid. 1997.

Capítulo II “Normativa y jurisprudencia comunitarias. La función de la negociación colectiva” y Capítulo III “Acceso al empleo y condiciones de trabajo”, en VVAA

*Análisis de la negociación colectiva de la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género* (Coord. Dolores de la Fuente Vázquez). Edit. Gobierno de Navarra. Pamplona. 1998, págs. 37 a 87.

“El principio de no discriminación por razón de sexo (análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)“, *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. VVAA (Coord. Lousada Arochena y Movilla García). Edit. Comares. Granada. 1998, págs. 141-171.

“Los servicios de proximidad. ¿Un nuevo yacimiento de empleo?“, En *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*, (VVAA coord. Cruz Villalón, J.) Colección Andaluza de Relaciones Laborales Vol.II. CARL y Tecnos. Madrid. 1999, págs. 296 a 314.

“Principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación por razón de sexo“, en *Una aproximación al Derecho Social Comunitario* (Coord. Cruz Villalón y Pérez del Río).Tecnos. Madrid. 2000, págs. 87 a 118.

“Análisis de la políticas públicas de acción positiva en el empleo“, en *La mujer en el mercado de trabajo*, (Rodríguez Modroño y Román del Río Editores), Instituto de Desarrollo Regional, Fundación Universitaria, Consejería de Trabajo e Industria de la Junta de Andalucía. Málaga. 2000, págs. 243 a 259.

“Igualdad y no discriminación” (Cruz Villalón coord.), en *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional* (Rodríguez Sañudo y Elorza Guerrero coord.) Edit.Tecnos. Madrid. 2001, págs. 263 a 328.

“Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/99: Derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares“, en *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: Familia, inmigración y noción de trabajador (Homenaje a Massimo D’Antona)* (López López, J. Coordinadora). Marcial Pons. Madrid. 2001, págs. 45 a 68.

“El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario“, en *Mujer y trabajo* VVAA (Ruiz Pérez, E. coordinadora). Edit. Bomarzo. Madrid. 2003, págs. 281 a 320.

“Novedades en el Derecho Social Comunitario“, AAVV (Castiñeira Fernández, J. coord.) *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: Puntos críticos (XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y relaciones laborales)*. Edit. CARL y Mergablum. Sevilla. 2003, págs. 13 a 61.

“El empresariado femenino y la pequeña empresa”, en VVAA, *Las relaciones laborales en las pequeñas empresas*, (coord. Jesús Cruz Villalón). Edit Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz. 2003, págs. 165 a 186.

“Discriminación por razón de género y negociación colectiva”, Capítulo XI del libro VVAA., *El estado actual de la negociación colectiva en España* (Del Rey y Gala coord.). MTAS-CCNCC. Madrid. 2003, págs. 515 a 675.

Mujer y Seguridad Social: II Las prestaciones de riesgo durante el embarazo y maternidad” AAVV *Mujer, familia y derecho* (Cervilla Garzón y Fuentes Rodríguez coordinadoras). Servicio de Publicaciones de la UCA. Cádiz. 2003, págs. 117 a 140.

“La violencia de género en el trabajo: acoso sexual y moral por razón de género”, en VVAA *Violencia de género en el trabajo* (De la Cuesta Aguado y Pérez del Río coordinadoras). Mergablum. Sevilla. 2004, págs. 49 a 95.

“Análisis de los convenios colectivos de Aragón: Conciliación entre vida familiar y laboral”, Capítulo V del libro VVAA *Negociación colectiva y prácticas laborales: Perspectiva de género* (coord. María Elósegui Itxaso) compartido con De la Fuente Vázquez, D. Icaria. Barcelona. 2005. págs.167 a 211.

“Diálogo social, negociación colectiva y género”, Parte III.3 de *Veinticinco años del Estatuto de los Trabajadores: Balance y perspectivas para un nuevo Estatuto*. XXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. (Dr. Miguel Rodríguez-Piñero Royo, Coord. M<sup>a</sup> Luisa Pérez Guerrero) CARL y Mergablum. Sevilla. 2006. págs. 447 a 473.

“La violencia de género en el trabajo: elementos conceptuales y recepción normativa”, en VVAA *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*. Estudios en homenaje al Profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (coord. Casas Baamonde, Durán López, Cruz Villalón). Edit. La Ley. Madrid.2006. págs. 471-503.

“La violencia en la trabajo: óptica social”, en VVAA *Estudios jurídicos sobre siniestralidad laboral* (coord. Dirección General de Seguridad y Salud Laboral) Edit. Consejería de Empleo. Junta de Andalucía. Sevilla. 2006. págs. 41 a 53.

“Tiempo de trabajo: Una óptica de género”, en VVAA *Tiempo de trabajo* (coord. Joaquín Aparicio Tovar y Juan López Gandía). Bomarzo. Albacete. 2007. págs. 267 a 292.

“Ley de Igualdad y contrato de trabajo (Modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores, Seguridad Social, Infracciones y Sanciones, Prevención de Riesgos Laborales y Procedimiento Laboral)” (Coord. Fernando Lousada Arochena, colaboran Jaime Cabeza Pereiro y Maria Elósegui Itxaso). Dossier práctico Francis Lefebvre. Madrid 2007.

“El principio antidiscriminatorio por razón de género en el ámbito jurídico laboral: una aproximación a sus elementos básicos” (Coautora Ballester Pastor, A.), En *AAVV Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos* (Camps Ruiz, L., Ramírez Martínez, J., Sala Franco T.). Edit. Tirant lo Blanch (Homenajes y congresos). Valencia. 2010, págs. 223 a 239.

“La violencia de género en el ámbito laboral y su tratamiento en la negociación colectiva”, en *AAVV* (Directora Faraldo Cabana, C, Coordinadoras López Arranz, A y Millor Arias, P) *Cuestiones actuales sobre el trabajo de la mujer y su protección social*. Edit. Tirant Monografías. Valencia. 2010, págs. 187 a 220.

“La normativa interna sobre derechos de conciliación: la *corresponsabilidad*”, en *AAVV Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (Jaime Cabeza Pereiro y Belén Fernández Docampo coordinadores). Edit. Tirant Monografías. Valencia. 2011, págs. 51 a 76.

“Crisis y medidas “anticrisis”: una óptica de género”. Anuario de Relaciones Laborales 2011 monográfico sobre *Objetivo: el trabajo* (Toni Ferrer, Carlos Resa y Santos Ruesga coordinadores) Comisión Ejecutivo Confederado de UGT. Edit. Marcial Pons. Madrid. 2011, págs. 199-202.

“La mujer ante la Ley. Reformas normativas en pro de la igualdad”, En *La cambiante situación de la mujer en Andalucía* (VVAA Marcenaro Gutiérrez, O. coord.). Edit Centro de Estudios Andaluces (Consejería de la Presidencia Junta de Andalucía). Sevilla. 2011, págs. 185 a 199.

# **DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO Y “OTRAS” DISCRIMINACIONES: LA DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE Y LAS MUJERES**

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER  
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Consejero Permanente de Estado*

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ  
*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

## **ÍNDICE**

1. La discriminación por sexo: una tutela reforzada
2. Nuevas causas y discriminación múltiple
3. El sexo como causa y sustrato de la discriminación múltiple

## **1. LA DISCRIMINACIÓN POR SEXO: UNA TUTELA REFORZADA**

El desarrollo de la tutela antidiscriminatoria tiene su inicio en la Declaración de Filadelfia que alude a “sin distinción de raza, credo o sexo”, puede observarse que ya aparece el sexo como un motivo principal de la tutela antidiscriminatoria. La Declaración Universal de los Derechos Humanos se abre con la afirmación en su art. 1 de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y en su art. 2 declara que todas las personas tienen todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión,

opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición<sup>1</sup>. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tanto en su art. 24, respecto a los niños, como en su art. 26 se refiere a la discriminación por motivos similares, mientras que el art. 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales compromete a los Estados a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto.

En el contexto histórico en que se elaboraron estos instrumentos, el propósito de salvar o suprimir las diferencias desventajosas estaba muy afectado por las experiencias de la persecución de los judíos en la Segunda Guerra Mundial, también por los fenómenos por el apartheid en Namibia y en Sudáfrica y las diferencias por origen étnico en países en vías de desarrollo. Pero, al mismo tiempo, se comprueba que en un largo listado de motivos vedados de discriminación tienen y van a tener un papel determinante alguno de ellos respecto a los demás, y ello va a ocurrir sobre todo con la raza y el sexo. Un paso fundamental en relación con la discriminación de género fue la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, a partir de su aprobación y ratificación ha habido importantes avances en la lucha contra la discriminación de las mujeres<sup>2</sup>.

En relación con el sexo, y ello se comprueba en el Pacto sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la preocupación inicial se centra sobre las diferencias que afectan al empleo y la ocupación, lo que se refleja en la propia experiencia de la OIT.

La discriminación en el empleo y ocupación, tal y como definida en el Convenio núm. 111 OIT sobre la discriminación, comprende cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, en la práctica de la aplicación de ese Convenio se puede comprobar la especial preocupación por la igualdad en el empleo entre mujeres y hombres, fundamentalmente, pero no solo, en la materia salarial.

---

<sup>1</sup> En ese listado se incluyen una diversidad de motivos, unos que se refieren a las características “innatas” de las personas, a su “condición personal” simplemente por motivos de nacimiento como la raza, el color, el sexo, la ascendencia nacional o el origen social, y otros que responden a elecciones personales y en los que, a través de la interdicción de la discriminación, se trata ante todo de proteger el ejercicio de otros derechos.

<sup>2</sup> Cfr. Binstock, A., “Hacia la igualdad de la mujer: avances legales desde la aprobación de la de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer”, CEPAL, 1998.

La discriminación de la mujer comenzó a tomar relieve, y más allá del ámbito laboral en el marco europeo, en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, inicialmente en su art. 14, que no reconocía el derecho a ser discriminado como derecho autónomo sino al servicio de los otros derechos reconocidos en el Convenio, y luego en el Protocolo núm. 12, que ha reconocido que la igualdad y no discriminación constituyen un derecho autónomo, no dependiente. Uno y otro han servido de base a una importante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha contribuido muy positivamente a la implantación y aseguramiento de una tutela antidiscriminatoria, más allá del ámbito del empleo y la ocupación y en la que la lucha por la discriminación por razón de sexo ha adquirido un especial protagonismo y se puede considerar como el modelo sobre el que se han elaborado los conceptos básicos de la tutela antidiscriminatoria<sup>3</sup>.

A este papel predominante del motivo de sexo en la tutela antidiscriminatoria ha contribuido también y de forma decisiva la jurisprudencia comunitaria y de la Unión Europea, desde la Sentencia Defrenne hasta nuestros días<sup>4</sup>.

El desarrollo de la tutela antidiscriminatoria desde una perspectiva jurídica se ha realizado entre nosotros, partiendo del art. 14 CE<sup>5</sup>, a partir de la jurisprudencia constitucional, la cual ha evolucionado desde una posición inicial “neutra” de la discriminación, insuficiente para conseguir el objetivo igualatorio, a una visión “igualadora”<sup>6</sup>, entendiéndose que no basta el reconocimiento de un derecho de la mujer a no ser discriminada o de una prohibición de discriminación por razón de sexo para corregir las situaciones históricas de diferenciación, desventajosas para el colectivo femenino perjudicado y que son contrarias a la dignidad de la mujer. El Tribunal Constitucional, en jurisprudencia reiterada, ha venido entendiéndose que la prohibición de discriminación por razón de sexo persigue el objetivo de eliminar discrimi-

---

<sup>3</sup> Sobre el tema, la obra pionera en España de Pérez Del Río, T., “El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el derecho del trabajo”, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1984. Véase también, más recientemente, con Ballester Pastor, A. “El principio antidiscriminatorio por razón de género en el ámbito jurídico laboral: una aproximación a sus elementos básicos” en “Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos” Camps Ruiz; Ramírez Martínez; Sala Franco (coords) Valencia 2010 págs. 223 y ss. TRIA, L. “Il divieto di discriminazione tra Corte di Strasburgo e Corti interne”, CNEL, Roma, 2014.

<sup>4</sup> Vid. Women’s Link Worldwide “La jurisprudencia en materias de igualdad y discriminación: la aportación de los tribunales europeos”, 2011.

<sup>5</sup> Conviene recordar que la Constitución de 1931 ya dio pasos importantes para asegurar la igualdad entre mujeres y hombres en sus arts. 25, 36, 40, 43 y 53, referidos fundamentalmente a derechos políticos, a igualdad dentro del matrimonio y al acceso a los empleos y cargos públicos. Vid. Montoya Melgar, A. “El Derecho del Trabajo como instrumento de igualdad de hombres y mujeres”, en “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española”, Madrid, 2006, pág. 420.

<sup>6</sup> A partir sobre todo de las importantes SSTC 128/87, de 16 de julio y 145/1991, de 1 de julio.

minaciones existentes y de suprimir en el presente y para el futuro las discriminaciones de las mujeres como individuos y como grupo<sup>7</sup>.

A consecuencia de ello, la noción de discriminación se ha abierto a las discriminaciones indirectas, se ha configurado una potente tutela antidiscriminatoria que implica la nulidad de actos discriminatorios y, en su caso, la imposición de la igualdad de trato, se ha facilitado la prueba de la discriminación y, además, se han justificado medidas compensatorias positivas para equilibrar arraigadas desigualdades previas, y promover condiciones para que la igualdad entre mujeres y hombres se haga real y efectiva<sup>8</sup>.

En este enfoque ha operado la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, que proyecta el principio de igualdad entre los sexos sobre todos los ámbitos, y cuyo propósito fundamental es la eliminación de desigualdades reales que perjudican a las mujeres y la consecución de una igualdad plena y efectiva mediante una acción normativa tendente a “combatir todas las manifestaciones aun subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, como remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla”<sup>9</sup>. La prohibición de discriminación de género se ha situado en el contexto social, refuerza la posición de la mujer víctima de la discriminación, y aprecia la razonabilidad de la diferencia de trato no desde una perspectiva formal, sino sustancial y finalista, partiendo de un mandato de parificación y de una justificación de medidas de acción positiva<sup>10</sup>.

Los importantes avances logrados en materia de tutela antidiscriminatoria por razón de género han podido eclipsar la necesidad de tomar en cuenta otros motivos de discriminación, vedados por nuestra Constitución y también por los instrumentos internacionales y europeos relativos a derechos humanos. La discriminación por razón de género no es la única que protege el art. 14 CE, que reconoce el derecho a la igualdad con un alcance transversal, que opera en unos casos como “un derecho

---

<sup>7</sup> Vid. sobre esa jurisprudencia, García Murcia, J. “Igualdad y no discriminación en las relaciones laborales”, en “Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española”, cit., pág. 383 y ss.

<sup>8</sup> Vid. Rey Martínez, “Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español”, Estudios Constitucionales, Año 8, N° 2, 2010, pp. 527 - 564

<sup>9</sup> Vid. BUSTOS BOTAI, R, “Discriminación por razón de sexo y acciones positivas reflexiones a la luz de la jurisprudencia constitucional española y aproximación a la Ley para la igualdad efectiva”, Universitas, 6, 2007, págs. 127 y ss.

<sup>10</sup> La idea del mandato de parificación es frecuente verla incorporada a la doctrina del TC, precisamente como elemento identificador de la respuesta antidiscriminatoria frente a la de igualdad simple. Vid SSTC 126/97, de 3 de julio, FJ 8 con cita de otras muchas; 182/2005, de 4 de julio FJ 3 ó 3/2007, de 15 de enero FJ 2.

de derechos”, al servicio de la protección de otros derechos, de opinión, de expresión, de libertad religiosa, de tutela judicial, etc., y en otros excluyendo, en principio, la utilización de ciertos criterios para establecer diferenciaciones de trato, un rechazo constitucional de desigualdades de trato por determinados motivos que constituye la prohibición de discriminación en sentido propio que se contiene en el segundo inciso del art. 14 CE y en el que se incluye la prohibición constitucional de discriminación por razón de sexo y por otros motivos expresamente indicados, además de la cláusula abierta de su frase final. Al igual que en materia de sexo, esta prohibición de discriminación por esos motivos va más allá de las exigencias del principio general de igualdad limitado a la razonabilidad de las diferencias de trato y sin operar en el ámbito de la autonomía privada.

El art. 14 CE expresa el desvalor constitucional de unos criterios de diferenciación que generan desigualdades de trato inadmisibles y rechazables, lo que implica, en principio, un mandato de paridad, la “puesta en paréntesis” de unos criterios de diferenciación que los poderes públicos no deben tomar en cuenta, pero tampoco, en determinadas circunstancias, los sujetos privados, como ocurre especialmente en las relaciones de trabajo, lo que ha hecho de la discriminación en el empleo uno de los temas centrales de nuestra jurisprudencia constitucional, especialmente en relación con la discriminación por razón de sexo<sup>11</sup>, lo que no puede justificar desentenderse de los otros motivos vedados.

El segundo inciso del art. 14 CE incluye expresamente unas causas constitucionalmente rechazables y, al mismo tiempo, establece una “cláusula de apertura”, una cláusula abierta de prohibición de discriminación por circunstancias de carácter personal o social que puedan lesionar la dignidad o la libertad de la persona. Se trata de otras condiciones o circunstancias de carácter personal o social que generan situaciones de victimización o exclusión, y en las que resulta necesario implantar una protección jurídica contra la discriminación, para reforzar la inclusión social y favorecer la plena participación en la sociedad y en la economía de todos esos colectivos discriminados. Como confirma la STC 41/2006, la referencia expresa a una causa de discriminación “no implica el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación”.

La elaboración inicial de la jurisprudencia constitucional sobre la tutela antidiscriminatoria (carga de la prueba, nulidad de la medida o/y mandato de equiparación) se hizo en relación con la libertad sindical<sup>12</sup> y operó en defensa del libre

---

<sup>11</sup> Una visión exhaustiva de la cuestión desde este punto de vista en Lousada Arochena, Jf “El principio de igualdad entre mujeres y hombres en especial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social”, La Coruña 2013 texto original.

<sup>12</sup> Con el importante precedente de la STC 38/1981, de 23 de noviembre.

ejercicio de este derecho, una doctrina que luego se aplicó a la igualdad de género y durante mucho tiempo la libertad sindical y la igualdad de género han sido los motivos discriminatorios sobre los que se ha ocupado esa jurisprudencia, quizás porque en la propia realidad social otros motivos vedados de discriminación no aparecían de forma evidente.

La evolución de la discriminación, en el plano internacional, eurounitario y nacional ha llevado a la reactualización de viejas causas de discriminación (por ejemplo la etnia, como los romaníes en Europa), y a la aparición o identificación de nuevas causas de discriminación, como la discapacidad, la edad, la orientación sexual, VIH, etc. nuevas causas específicas de discriminación, hasta ahora atípicas, que tienen relevancia constitucional o afectan a derechos humanos, unas diferencias de trato que no son siempre nuevas pero que se contemplan ahora desde una nueva perspectiva por su enjuiciamiento como discriminación y que, por ello, se han calificado de “nuevas discriminaciones”<sup>13</sup>. Se trata de identificar las causas “atípicas” de discriminación insertas dentro de la mención constitucional “cualquier otra condición personal o social” y de indagar en la naturaleza común o semejante de todas ellas desde la finalidad de mejorar la situación laboral y social de los individuos o grupos afectados así como desde la protección jurídica dispensada a las “víctimas” de estas discriminaciones.

Desde la aprobación de la Constitución han ido apareciendo e, incluso, tipificándose nuevas causas vedadas de discriminación por impulso del Derecho internacional de derechos humanos y del Derecho europeo, que han venido adoptando medidas para asegurar una mayor igualdad entre las personas para fortalecer una participación social equilibrada en todos los sectores y niveles y asegurar un respeto de la diversidad, promoviendo los valores de la igualdad y dignidad de la persona subyacentes en la lucha contra la discriminación. Como ya se ha dicho la Declaración Universal de los Derechos Humanos se refería a la no discriminación como un principio básico, lo que se refleja también en los Pactos de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, que configuran el derecho a la no discriminación. Con posterioridad, en Naciones Unidas se han venido aprobando una serie de Convenciones para evitar la discriminación racial (1925), contra la mujer (1979), el niño (1989) y las personas con discapacidad (2007), señalando con ello las “áreas reforzadas” en el amplio campo de la discriminación.

El derecho a la igualdad y a la no discriminación se ha reflejado en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 que dentro de sus cuatro “áreas” incluye la “la eliminación de la discrimina-

---

<sup>13</sup> DEL POZO, F.J. “La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación”, Andavira, 2012.

ción en materia de empleo y ocupación” y lo hace desde un enfoque dinámico que reconoce que la discriminación es un fenómeno en constante evolución y, por ello “un objetivo cambiante”. Ya no se trata sólo de la raza, el sexo, la religión o la opción política o sindical; se incluye la consideración de grupos vulnerables y desfavorecidos, los pueblos indígenas, los trabajadores de edad, las personas con discapacidad o con SIDA, el acoso, etc.

En el Derecho de la Unión Europea la protección de la discriminación ha alcanzado un rango “constitucional”. El art. 2 del Tratado de la Unión Europea ha reconocido la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión y la lucha contra la discriminación como uno de los objetivos de la misma, y el Tratado de funcionamiento de la Unión Europea ha habilitado al Consejo para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dedica una especial atención al derecho a la no discriminación, con una lista amplia de causas expresamente vedadas<sup>14</sup>. El derecho derivado ha dado lugar a una serie de Directivas, tanto en relación con la igualdad de trato en el empleo y la ocupación entre hombres y mujeres o en el acceso a bienes y servicios y su suministro, como, de manera más general, a la Directiva 2000/43 sobre igualdad de trato independientemente del origen racial o étnico o a la importante Directiva 2000/78 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

En nuestro ordenamiento la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, trató de incorporar a nuestro ordenamiento estas Directivas y, ha habido un frustrado proyecto de ley de igualdad de trato basado en la normativa europea, reconociendo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad, o cualquiera otra condición o circunstancia personal o social. Desde la perspectiva laboral, el actual artículo 17 ET se refiere a “situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos, vínculos de parentesco con personas pertenecientes a o relacionadas con la empresa y lengua dentro del Estado español” ampliando considerablemente el listado de causas específicas del art. 14 CE.

---

<sup>14</sup> Que en su exhaustivo art. 21 llega a aislar hasta 17 causas de discriminación.

La jurisprudencia constitucional ha asumido esta nueva realidad jurídica y ha venido reconociendo al amparo del art. 14 CE nuevas causas o motivos de discriminación ya tipificadas en el en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en los tratados internacionales sobre derechos humanos cuya positivización vía art. 14 CE en conjunción con el art. 10 CE permite deducir que en nuestro sistema jurídico no cabe justificar una distinción basada en tales causas de discriminación, no descritas en el art. 14 CE pero que vienen a convertirse en vedadas causas de discriminación tipificadas así de forma mediata con alcance constitucional, encuadrables en la cláusula abierta del art. 14 CE. Estas “nuevas causas de discriminación” van dejando de ser atípicas en la medida que vienen siendo tipificadas en el ordenamiento interno y en la jurisprudencia constitucional y ordinaria<sup>15</sup>.

Es significativo que la Ley de Jurisdicción Social haya incluido, a efectos del recurso de unificación de doctrina, como sentencias alegables las del Tribunal Constitucional, las del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, posibilitando así una doctrina unificada sobre determinadas “nuevas” causas de discriminación.

El Tribunal Constitucional ya ha identificado nuevas causas de discriminación hasta ahora “atípicas” dentro del desarrollo de la cláusula abierta dentro del último inciso del art. 14 CE, incluyendo circunstancias personales o sociales que dan objeto a “victimización” y, por ello, son contrarias a la prohibición de discriminación del art. 14 CE.

En esta materia, se exige una condición o situación, y no meramente actos puntuales desfavorables que podrían ser enjuiciados, en su caso, desde el genérico principio de igualdad. Para aclarar esta exigencia, la STC 62/2008 ha afirmado que “lo que caracteriza a la prohibición de discriminación, frente al principio genérico de igualdad, es la naturaleza particularmente odiosa del criterio de diferenciación utilizado, que convierte en elemento de segregación, cuando no de persecución, un

---

<sup>15</sup> Del Pozo para la identificación de estas nuevas causas de discriminación dentro de la cláusula general antidiscriminatoria del art. 14 CE, ha utilizado un método inductivo deductivo, centrado, en primer lugar, en la interpretación del inciso final del art. 14 CE, relacionado con evitar la presencia visible y efectiva de un estigma, de un elemento accidental y no esencial de la persona (por ello excluye el acoso no vinculado a condiciones personales) y, en segundo lugar, induciendo del análisis de sentencias concretas nuevas causas de discriminación expresamente aceptada, en relación a las circunstancias personales (discapacidad/enfermedad, edad, estado civil, orientación sexual/transversal, patrimonio biológico), la condición social (lengua, nacionalidad), la “opción vital personal” (aspecto físico, paternidad) y la discriminación en base a distintas características o por asociación (“La tutela judicial de las nuevas causas de discriminación”, cit., pág. 127 y ss.). Sobre la tipificación progresiva de causas nuevas, y su impacto sobre conceptos como el de discriminación múltiple, vid Sheppard, Colleen, “Multiple Discrimination in the World of Work”, OIT, Working paper num. 66 Ginebra, Septiembre de 2011, págs.1 y ss.

rasgo o una condición personal innata o una opción elemental que expresa el ejercicio de las libertades más básicas, resultando así un comportamiento radicalmente contrario a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10 CE)”.

En suma, junto a la discriminación de género, y al lado de las discriminaciones ya especificadas en el art. 14 CE., se ha ampliado el listado de causas de discriminación en el desarrollo de la cláusula abierta de ese precepto constitucional. En este contexto, la discriminación de género ¿es una más de las discriminaciones vedadas o tiene alguna singularidad?

Cabe preguntarse si el sentido “combativo” de la prohibición de la discriminación de la mujer en principio puede ser aplicable a las otras discriminaciones por razón de nacimiento, raza, religión y opinión, que el precepto menciona y más aún entre las que no menciona. En el art. 14 CE no se establece una jerarquía entre los distintos motivos vedados pero éstos difieren considerablemente en su alcance y trascendencia y requieren cada uno una respuesta específica<sup>16</sup>, y no necesariamente el mismo grado de intensidad de tutela y protección.

Más bien, se trata de instaurar la forma de protección más adecuada para cada causa sin olvidar ninguna de ellas incluidas las causas no expresamente indicadas en el precepto, varias de ellas que se han venido tipificando en la práctica internacional o eurounitaria, en particular en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El problema es el posible efecto “contaminante” de una tutela antidiscriminatoria “débil” respecto a ciertas causas con la tutela antidiscriminatoria “fuerte” propia de la discriminación por género o la discriminación racial o étnica<sup>17</sup>.

De la jurisprudencia constitucional y de la doctrina tanto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se deduce que la tutela antidiscriminatoria tiene distintos grados y niveles de protección, que no todas las causas operan en las relaciones interprivatos y que las consecuencias de la conducta antidiscriminatoria no son idénticas, también en lo que afecta a la obligación de los poderes públicos para la “lucha” contra la respectiva discriminación<sup>18</sup>.

---

<sup>16</sup> Sobre la legislación norteamericana y alemana, que a veces “crea(n) jerarquías de causas de igualdad con diferentes niveles de protección legal aplicables a cada una” DEGENER, T “Intersections between Disability, Race and Gender in Discrimination Law” en SCHIEK-LAWSON (eds) “European Union non Discrimination, Law and Intersectionality” Ashgate, England 2011 pág. 31 y ss.

<sup>17</sup> COLNERIC, N. “Antidiskriminierung : quo vadis? : europäisches Recht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht”. (2008), 10, p. 66-73

<sup>18</sup> Baste comprobar la diversa forma de especificar los elementos de la conducta y los medios de lucha contra la discriminación en diversos convenios de reconocimiento de causas concretas de discrimi-

Entre otras cosas, alguna de las nuevas causas de discriminación admiten un amplio juicio de razonabilidad de la diferenciación de trato, así ocurre en relación con la edad<sup>19</sup>, en otros casos la discriminación se postula desde la perspectiva del derecho a un trato desigual, como puede servir de ejemplo el derecho al uso del velo islámico o del turbante por los sijs.

En la discriminación por razón de género, como en otras causas de discriminación, la raza o el origen étnico, etc. la prohibición de discriminación y la tutela antidiscriminatoria opera en toda su intensidad, incluida la exigencia de medidas de acción positiva para conseguir la igualdad efectiva. Ello descarta el peligro de “disolución” que derivaría de la notable ampliación de la tutela antidiscriminatoria.

## 2. NUEVAS CAUSAS Y DISCRIMINACIÓN MÚLTIPLE

La existencia de nuevas causas de discriminación en relación con la discriminación por razón de raza o género ha suscitado el tema de la llamada discriminación múltiple.

Desde la OIT se nos advierte de que las personas viven la discriminación en el mercado de trabajo de diversas maneras, y que la diversidad y gravedad de las desventajas que afrontan dependen del número de características personales que suscitan discriminación y de la manera que actúan entre sí<sup>20</sup>. Las víctimas de la discriminación —especialmente por razón de género, aunque no sólo— presentan una especial vulnerabilidad que les puede hacer objeto de discriminación múltiple o interseccional, por lo que es preciso hacer referencia a esta cuestión y a su eventual impacto sobre la discriminación que pueda sufrir la mujer. Esa vulnerabilidad en general exige aplicar una perspectiva de género transversal sobre el terreno de otras causas de discriminación, con lo cual se produce la paradoja de que la multiplicación de circunstancias discriminatorias no debilita, sino que refuerza la tutela de la mujer, integrando en su status requerimientos materiales de igualdad reforzados particularmente.

---

minación, las importantes Directivas 43 y 78 /2000, o los convenios, en el seno de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Erradicación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer o Erradicación de Todas las Formas de Discriminación por Razón de Raza.

<sup>19</sup> Vid., en síntesis sentencia Küçükdeveci, del TJUE, 19 enero 2010. O Sentencia de 16 de octubre de 2007, Palacios de la Villa (C/411/05); Mangold STJCE de 22 de noviembre de 2005 (C 144-04), entre otras.

<sup>20</sup> OIT “La hora de la igualdad en el trabajo”, Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 2003, pág. 40.

La discriminación múltiple<sup>21</sup> es, como se ha dicho “una realidad antigua (y) un concepto nuevo”<sup>22</sup>, elaborado en el seno de la doctrina anglosajona<sup>23</sup> por razones en buena parte procesales: los sistemas de procedimiento sólo prevén en la reclamación de un proceso por discriminación, la invocación de una sola causa, lo que imposibilita la invocación conjunta de varias causas de discriminación. La idea de discriminación múltiple le da una unidad de fondo a la pretensión que la haría viable incluso en estos sistemas, porque refleja la unidad de resultado de las causas convergentes. Su peculiar tratamiento procesal es uno de sus factores definitorios aunque, como se ha dicho, entre nosotros el problema no se da con la misma intensidad<sup>24</sup>.

Con algún importante precedente, es la Declaración de Durban, que cierra la Conferencia de la ONU contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia, en 2001 crucial en esta materia. Ya desde su Preámbulo se parte de que “reconocemos que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y la intolerancia ocurre en razón de la raza, el color, la nacionalidad o el origen étnico y que las víctimas pueden sufrir múltiples o agravadas formas de discriminación basadas en otros factores como el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otro tipo, el origen social, la propiedad, el nacimiento u otro status” (art. 2 de las Declaraciones Generales), añadiéndose en los apartados 69 y 70 de dichas Decla-

---

<sup>21</sup> La terminología es todavía discutida, pese a algún intento de sistematizarla que ha incluido nuevos árboles en el bosque. Sobre dicho esfuerzo, Makkonen, T., “Multiple, Compound and Intersectional Discrimination: bringing the Experiences of the most Marginalized to the Fore” web.abo.fi.institut/imr/norfa/timo:pdf. Abril 2002. Una crítica a esta división en Burri, S., “Promises of an Intersectional Approach in Practice? The Dutch Equal Treatment Commission’s Case Law”, en Schiek-Lawson “European Union Non Discrimination...” págs. 98 y ss, aunque concluye afirmando que una aproximación interseccional tendría el valor añadido de poner de manifiesto “desigualdades, formas de discriminación que no serían detectadas con una aproximación única”. Nos decantamos con la expresión múltiple que es la más utilizada en los trabajos especializados (p.ej. Ucellari, P. “Multiple Discrimination: How Law can Reflect Reality”, *The Equal Rights Review*, Vol. One (2008) pág. 26 y ss) y es la que ha asumido Naciones Unidas, la OIT. Y la Unión Europea

<sup>22</sup> Rey Martínez, F., “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo” *Revista de Derecho Constitucional* num. 84, 2012, pág. 251.

<sup>23</sup> Especialmente se atribuye una función germinal del concepto a los trabajos de Kimberlé Crenshaw, en primer lugar a “Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics” en *University of Chicago Legal Forum* 1989, 139-167. Según ella un enfoque unidimensional de las causas de los procesos de discriminación no da una representación justa de la realidad del problema sino que para analizar el fenómeno se debe partir de la idea de que una persona puede pertenecer al mismo tiempo a diversos grupos desventajados y, eventualmente, sufrir formas específicas de discriminación, ligadas a tales pertenencias. La autora en una reunión de la DAW de Naciones Unidas en Zagreb en noviembre de 2000 ha afirmado que la “Intersectional subordination may be described by the metaphor of a traffic intersection. In this metaphor, race, gender, class and other forms of discrimination or subordination are the roads that structure the social, economic or political terrain”.

<sup>24</sup> Sobre los problemas procesales, Barnard, C., “The Equality Act 2010”, en *European Gender Law Review* num. 1, 2011 págs. 14 y ss.

raciones que “... Estamos convencidos de que el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia se manifiestan en forma diferenciada para las mujeres y las niñas, y pueden ser factores que llevan al deterioro de sus condiciones de vida, a la pobreza, la violencia, las formas múltiples de discriminación y la limitación o denegación de sus derechos humanos. Reconocemos la necesidad de integrar una perspectiva de género en las pertinentes políticas, estrategias y programas de acción contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a fin de hacer frente a las formas múltiples de discriminación; 70. Reconocemos la necesidad de elaborar un enfoque más coherente y sistemático para evaluar y vigilar la discriminación racial contra las mujeres, así como las desventajas, obstáculos y dificultades a que hacen frente las mujeres para el pleno ejercicio y disfrute de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales como consecuencia del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia”<sup>25</sup>.

Se ha podido decir con acierto que dicha Declaración es “un auténtico bautismo jurídico del concepto en la arena del Derecho Internacional” de modo que “Durban puso la idea de discriminación múltiple en el mapa”<sup>26</sup>. Y se convierte en un concepto con cuya existencia se cuenta en numerosos textos de ONU o de la UE y en muchos más textos de soft law referidos a la discriminación en especial por sexo, raza u origen étnico y discapacidad<sup>27</sup>.

En la discriminación, digamos, “plural” una persona sufre discriminación por más de un motivo, por su pertenencia a más de un grupo o categoría social desventajada. Pero por discriminación múltiple o interseccional se suele entender, no solamente la concurrencia en un mismo sujeto de varias causas de discriminación, circunstancia no problemática en nuestro sistema procesal, normal casi, sino la concurrencia de causas de discriminación adicionales sobre sujetos ya de por sí ago-

---

<sup>25</sup> Por ello, en el Programa de acción se da cuenta de discriminaciones múltiples en el esquema básico del racismo y en consecuencia se “9. Pide a los Estados que refuercen las medidas y políticas públicas a favor de las mujeres y los jóvenes afrodescendientes, tendiendo presente que el racismo los afecta más profundamente, poniéndolos en situación de mayor marginación y desventaja; 10. Insta a los Estados a que garanticen el acceso a la educación y promuevan el acceso a las nuevas tecnologías de modo que los africanos y los afrodescendientes, en particular las mujeres y los niños, dispongan de suficientes recursos para la educación, el desarrollo tecnológico y el aprendizaje a distancia en las comunidades locales, y los insta también a que hagan lo necesario para que en los programas de estudios se incluya la enseñanza cabal y exacta de la historia y la contribución de los africanos y los afrodescendientes”; y “14. Insta a los Estados a que reconozcan los problemas particularmente graves del prejuicio y la intolerancia religiosos con que tropiezan muchos afrodescendientes y a que apliquen políticas y medidas encaminadas a prevenir y eliminar toda discriminación basada en la religión y las creencias que, combinada con ciertas otras formas de discriminación, constituye una forma de discriminación múltiple”.

<sup>26</sup> Rey Martínez, F., op. cit. Pág. 254.

<sup>27</sup> Schiek, D., “Organizing EU Equality Law Around the Nodes of Race, Sex and Disability”, en Schiek Y Lawson (eds.), “European Union non discrimination Law and Intersectionality”, cit., págs. 32 y ss.

biados por una situación discriminatoria, de forma tal que se genera una situación nueva no comparable con aquella en que se encuentran los sujetos pertenecientes a la minoría dominante incluso si ellos mismos han sido discriminados. La persona humana en sí y en el conjunto social es “pluridimensional”, es decir tiene o concurren en ella múltiples identidades, el género, la raza o etnia, la religión, la edad, etc. y por ello puede sufrir discriminaciones en función de esas diversas identidades<sup>28</sup>.

En algunos casos la discriminación por diversos motivos es “sucesiva” o “plural”, es decir, ocurre en momentos diversos o separados. Pero en otros esos motivos se suman claramente respecto a la víctima de la discriminación, un fenómeno en que la discriminación es resultado de la conjunción de diversos factores concomitantes que amplifican la discriminación al retroalimentarse unos y otros de una manera acumulativa. En estos casos se trata de una discriminación interseccional, situación en la que una persona es objeto de discriminación sobre la base de varios factores que interactúan entre sí y por lo tanto son inseparables<sup>29</sup>.

El problema se plantea en la llamada discriminación interseccional<sup>30</sup> que envuelve varios motivos que actúan entre sí pero son completamente inseparables y entonces se tiende a atender sólo al más “llamativo” como el género o el color<sup>31</sup>. Sin embargo existen experiencias comparadas de la forma de tratar este tipo de discriminación múltiple en el que cada motivo no se considera separadamente sino en una inextricable consideración conjunta que no permite conclusiones separadas. Este es el enfoque más adecuado para analizar los casos de dimensión múltiple evi-

---

<sup>28</sup> La fracasada propuesta de Directiva de Igualdad de Trato se refería en su art. 1,1 al objetivo de combatir la discriminación múltiple y en el apartado 2 de ese artículo la definía así: “Multiple discrimination occurs when discrimination is based: (a) on any combination of the grounds of religion or belief, disability, age, or sexual orientation, or (b) on any one or more of the grounds set out in paragraph 1, and also on the ground of any one or more of (i) sex (in so far as the matter complained of is within the material scope of Directive 2004/113/EC as well as of this Directive), (ii) racial or ethnic origin (in so far as the matter complained of is within the material scope of Directive 2000/43/EC as well as of this Directive), or (iii) nationality (in so far as the matter complained of is within the scope of Article 12 of the EC Treaty)”

<sup>29</sup> Sobre las distintas formas de discriminación múltiple vid. “The experience of discrimination on multiple grounds” September 2011, Maria Hudson Policy Studies Institute, University of Westminster y “Lutte contre la discrimination multiple: pratiques, politiques et lois”, Commission européenne, 2007 [http://ec.europa.eu/employment\\_social/fundamental\\_rights/pdf/pubst/stud/multidis\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/fundamental_rights/pdf/pubst/stud/multidis_fr.pdf)

<sup>30</sup> Vid. Makkonen, T T. “Multiple, compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore”, Institut für Menschenrechte. Universität Abo, 2002. Una revisión crítica de este concepto, afirmando que es “el único concepto que, con un mínimo rigor teórico, puede subsistir”, en Rey Martínez, F. “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, cit. pág. 266.

<sup>31</sup> Vid. Crenshaw, K, “Intersectionality: The Double Bind of Race and Gender”, Perspectives”, 2004; Mc Call L., “The Complexity of Intersectionality”, Signs: Journal of Women in Culture and Society, Vol. 30, Num. 3, 2005.

tando tanto un enfoque aislado de cada causa como un enfoque de la suma de las causas implicadas, permitiendo tener en cuenta la interacción de esas diversas causas.

La importancia y dimensión de los fenómenos de discriminación múltiple se han acrecentado desde que surgió el término, en buena parte a consecuencia de la globalización, que ha acentuado los fenómenos migratorios por la crisis económica, en la que la discriminación se vincula a fenómenos de exclusión social, cuyo tratamiento requiere un enfoque intersectorial<sup>32</sup>.

Hay algo de probable, de reiterado y de grave en la situación, por ejemplo de una mujer negra que experimenta una discriminación por su sexo y su raza que hace que su situación no sea equiparable a la de una mujer blanca o a la de un hombre negro<sup>33</sup>. Hay una situación nueva y agravada que sólo puede ser combatida desde un tratamiento “holístico”<sup>34</sup> de la situación de los colectivos victimizados.

Partiendo de esta base, de la multiplicidad de causas de discriminación aisladas internacionalmente, resultan ser sexo<sup>35</sup>, raza y discapacidad las tres causas o

---

<sup>32</sup> Crenshaw, K. “it specifically addresses the manner in which racism, patriarchy, economic disadvantages and other discriminatory systems contribute to create layers of inequality that structures the relative positions of women and men, races and other groups.”

<sup>33</sup> Sobre este particular caso de génesis de una situación diferente resulta particularmente significativa la STEDH BS contra España: FFJJ “70. El Tribunal señala que, en sus denuncias de los días 21 y 25 de julio de 2005, la demandante mencionaba las palabras racistas que le habrían proferido los policías, en particular, “puta negra vete de aquí”, y haberles reprochado a los agentes no haber interpellado a otras mujeres que ejercían la misma actividad pero tenían un “fenotipo europeo”. Estos argumentos no fueron examinados por los Tribunales que tenían que entender del caso, que se limitaron a retomar por su cuenta el contenido de los informes del Jefe de Policía de las Islas Baleares, sin efectuar una investigación más en profundidad sobre las actitudes supuestamente racistas.

71. A la luz de los elementos de prueba proporcionados en este caso, el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos.

72. Hay por lo tanto violación del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3 tomado bajo su aspecto procesal.” Stedh Asunto B. S. c. ESPAÑA de 24 julio de 2012. Sobre el nacimiento de una circunstancia nueva, resultado de la convergencia de causas de discriminación, también Catalá Pellón, A., “Discriminación múltiple por razón de género y pertenencia a una minoría étnica” Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pág. 8, comentando en particular la Sentencia Muñoz Diaz C España, de 8 de diciembre de 2009.

<sup>34</sup> Solanke, I., “A Legal Remedy for Corpulent Women of Colour” en SCHIEK-LAWSON “European Union Non Discrimination...” cit., pág. 221 y ss.

<sup>35</sup> Se ha dicho que la discriminación múltiple lleva apellido de mujer, acertadamente, Serra Cristóbal, R., “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones. La mujer multidiscriminada”

“nodos” de discriminación sobre los que con mayor éxito se ha montado la teoría de la discriminación múltiple, impulsada la selección por la propia ONU, cuyos tres convenios básicos sobre discriminación versan precisamente sobre estas tres causas<sup>36</sup>. Y desde la perspectiva comunitaria, aunque haya abundado el reconocimiento de causas de discriminación, son estas tres las que han recibido una atención mayor por los órganos de la Unión Europea<sup>37</sup>.

### 3. EL SEXO COMO CAUSA Y SUSTRATO DE LA DISCRIMINACIÓN

El sexo es una de las causas básicas y a la vez el sustrato de discriminación múltiple, frente a la que se dispone de tutela reforzada junto a la clásica raza y, menos quizás, la discapacidad. Por eso se ha de hacer referencia a esta cuestión y a su eventual impacto sobre la discriminación que puede sufrir la mujer.

No puede ignorarse en el caso de la mujer la existencia de discriminaciones múltiples o compuestas que requieren un análisis interseccional o transversal. Esa perspectiva transversal de la discriminación, paralela a la que acompaña a la igualdad misma, permite conocer cómo en la mujer la concurrencia de diversos motivos de discriminación que interactúan sobre ella crea situaciones específicas que deben ser objeto de especial atención para combatir las.

El análisis comparado muestra las dificultades de presentar demandas de discriminación múltiple partiendo de la noción clásica de la discriminación directa para aducir y probar la existencia de aquella por sufrir la persona afectada a la vez y al mismo tiempo diversos motivos de discriminación, por ello se ha propuesto plantear la cuestión, no desde la perspectiva clásica de si una persona ha sido tratada más desfavorablemente que otra, sino desde la perspectiva de por qué ha sido tratada así.

El problema es que las políticas de igualdad son unidimensionales y tienen dificultades para enfrentarse con “identidades múltiples” (ser mujer, de color, de cierta edad, con discapacidad, etc.) cada una de las cuales genera desventajas y desigualdades, pero que tienen que ser consideradas en su conjunto para poder

---

en Serra Cristobal, R (Coord) “Multidiscriminación en los ordenamientos jurídicos español y europeo” Tirant lo Blanch Valencia 2013, pág. 15 y ss.

<sup>36</sup> Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 20 de noviembre de 1963; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 18 diciembre de 1979 y Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo aprobados el 13 diciembre 2006.

<sup>37</sup> Schiek, D., op. cit., págs. 19 y ss. También, SCHIEK- BURRI (coords) “Multiple Discrimination in EU Law. Opportunities for legal responses to intersectional gender discrimination?”, European Network of legal experts in the field of gender equality, Comisión Europea, 2009.

tratar y superar la discriminación múltiple que ello genera. Precisamente la toma en cuenta de los nuevos motivos de discriminación es un punto de partida necesario para corregir esa discriminación múltiple que sufren mayoritariamente las mujeres.

Los análisis más recientes, demuestran que las víctimas de discriminación por diversos motivos a la vez “presentan los niveles más altos de desempleo y se encuentran concentradas en gran medida en empleos mal remunerados”<sup>38</sup>. Por eso, desde la OIT se trata de promover la superación de que la tutela antidiscriminatoria se siga estructurando en torno a un único motivo de discriminación, generalmente el sexo, obviando la discriminación por otros motivos, no siendo fácil abordar, tanto en las políticas públicas como en la acción judicial, los supuestos de discriminación múltiple. Sin embargo, la admisión de la discriminación múltiple permitiría un doble efecto favorable: por una parte ayudaría al intérprete a captar mejor las peculiaridades de la discriminación femenina; se captaría su situación de desapoderamiento social, y la persistencia de esta situación. Por otro lado, la discriminación de la mujer y la corrección de las desventajas que sufre requieren una consideración a lo largo de toda su vida. Un ejemplo manifiesto es cómo las cargas familiares, la interrupción de la carrera profesional, los bajos salarios afectan a las prestaciones sociales y a las pensiones<sup>39</sup>.

La tutela de la mujer de este modo se refuerza, contemplando el particular daño que sobre el colectivo victimizado causan las circunstancias discriminatorias adicionales que concurren en ella.

El tratamiento de la discriminación múltiple tiene una doble dimensión: por una parte, las acciones positivas encaminadas a mejorar la atención a los colectivos victimizados desde todos los puntos en que se pueda producir discriminación; por otra, la tutela judicial de la misma y en especial la carga de la prueba al respecto que, aún manteniendo su distribución actual entre nosotros, no puede evaluarse sin tener en cuenta el contexto en que la discriminación múltiple se produce: tenerlo en cuenta es fundamental para poner de manifiesto la propia discriminación. Por eso entendemos que era un error la concepción probatoria del art. 11 del Proyecto de Ley General de Igualdad que entre nosotros imponía la prueba de todas las causas de discriminación en el supuesto de que concudiesen varias (BOCG 10 junio 2011).

---

<sup>38</sup> OIT, “La igualdad en el trabajo, un objetivo que sigue pendiente de cumplirse”, Informe Global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, Ginebra, 2011, pág. 18.

<sup>39</sup> Vid. las observaciones de Pérez Del Río, T-De La Flor Fernández, ML “Mujer y Seguridad Social” En Fuentes Rodríguez, F-Cervilla Garzon, MD (coords.) “Mujer, Familia y Derecho”, 2003, págs 117 y ss. También Lousada Arochena, JF “El principio de igualdad entre mujeres y hombres en especial en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social” Tesis, La Coruña 2013, págs. 258 y ss del original.

Esa exigencia es la propia de una discriminación de varias causas pero no de una múltiple, en que, sin negar la necesidad de probar las causas de la discriminación, esta prueba debe ir combinada y facilitada con la toma en consideración del contexto discriminatorio al que estas causas conducen y en el que se reproducen una vez que se aporta un principio de prueba de ese mismo contexto —como parte de la prueba de la propia discriminación—.

Como se ha puesto de relieve en relación con las mujeres gitanas, la discriminación contra éstas es “polifacética”, basada en dos causas, raza y origen étnico, pero “la discriminación contra las mujeres gitanas en educación, empleo y cuidados sanitarios es interseccional, de modo que ambas causas operan en combinación y surge una única situación. Dentro de la discriminación, la exclusión social juega un doble papel: por un lado es una de las causas de discriminación junto al ser gitano, y al mismo tiempo, una de las consecuencias de esta discriminación. La exclusión social completa el círculo vicioso que perpetúa y refuerza la discriminación contra las mujeres gitanas, haciendo incluso más difícil romper este círculo. En otras palabras: la exclusión social interactúa con el género y el origen social, aunque en sí misma no sea una causa de discriminación”<sup>40</sup>. Esta interacción es fundamental para entender existente la discriminación múltiple.

Y parecidamente se ha dicho de las mujeres musulmanas “Los datos empíricos y la investigación legal muestran que las mujeres musulmanas sufren de discriminación compuesta o cumulativa en el campo del empleo, la educación, la violencia doméstica y la representación política, en tanto experimentan *stricto sensu* discriminación interseccional en materia de familia y herencia por causa de la aplicación de la ley religiosa islámica (la Sharia)”. La observación —hecha para la situación en Grecia pero en buena parte extensible a nuestro país— dibuja con detalle “el status inferior de la minoría de mujeres en Grecia hoy, en comparación tanto con los hombres musulmanes como con la mayoría (cristiana) de mujeres”<sup>41</sup>.

En España hemos tenido escasa fortuna a la hora de evaluar las discriminaciones múltiples contra las mujeres cuando se han presentado ante los Tribunales de Justicia, incluido el Tribunal Constitucional, que ha enfocado su análisis sobre una o varias causas sin tener en cuenta la eventual discriminación múltiple o, cuando menos, sin plantearse esta posibilidad.

Dos supuestos ha señalado la doctrina: por un lado el B.S. c ESPAÑA, ya ci-

---

<sup>40</sup> Koldinska, K “EU Non Discrimination Law and Policies in reaction to Intersectional Discrimination against Roma Women in Central and Eastern Europe” en Schiek-Lawson, “EU Non Discrimination...” cit., pág. 244.

<sup>41</sup> Kofinis, S, “The Status of Muslim Minority Women in Greece: Second Class European Citizens?”, en Schiek-Lawson, op. cit., pág. 134.

tado de la mujer negra que ejercía la prostitución y fue maltratada por la policía española con expresiones racistas. Por otra el caso MUÑOZ DOMÍNGUEZ c ESPAÑA, de 8 de diciembre de 2009, ambas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En esta última se revoca la sentencia del TC que había considerado no discriminatoria la denegación de una pensión de viudedad de una mujer casada por el rito gitano, que había convivido con su esposo y había tenido seis hijos, pero no había inscrito en el Registro Civil su matrimonio dadas las circunstancias concurrentes en 1971, fecha en que éste se celebró.

En ambos casos el TEDH estima las demandas de las recurrentes, con argumentos en los que la discriminación múltiple no se hace explícita –algo quizás en el asunto B.S.<sup>42</sup>.— pero sin duda subyace en la argumentación y en el triunfo de las pretensiones de las recurrentes<sup>43</sup>.

El remedio para evitar este tratamiento aislado de los diversos motivos de discriminación pasa por prever expresamente la posibilidad de alegar conjuntamente diversos motivos de discriminación, y, con ello, de exigir diversas comparaciones, para valorar las pretendidas justificaciones de diferencias de trato teniendo en consideración conjunta y acumulativamente todos esos motivos alegados para su valoración y corrección<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Serra Cristóbal, R., “La mujer como especial objeto de múltiples discriminaciones...” cit. En su FJ 71 el Tribunal, en efecto, sostiene que “A la luz de los elementos de prueba proporcionados en este caso, el Tribunal estima que las decisiones dictadas por los Órganos Jurisdiccionales internos, no tuvieron en cuenta la vulnerabilidad específica de la demandante, inherente a su condición de mujer africana ejerciendo la prostitución. Las Autoridades faltaron así a la obligación que les incumbía, en virtud del artículo 14 del Convenio combinado con el artículo 3, de adoptar todas las medidas posibles para ver si una actitud discriminatoria hubiera podido, o no, desempeñar algún papel en los sucesos. “Una vulnerabilidad que justifica a su vez la vulneración múltiple de sus derechos a la luz del Convenio (arts. 3 y 14) que proclama la minuciosidad procesal con que deben ser tratadas las discriminaciones en supuestos en que se alega, como en el presente, una discriminación múltiple.

<sup>43</sup> Para el caso de la Sentencia Muñoz Domínguez y su componente discriminatorio múltiple, vid. Rey Martínez, F., “La discriminación múltiple...” “personalmente me convence más el planteamiento estratégico de la cuestión... a partir de un enfoque de discriminación múltiple. Se ha discriminado a una mujer gitana por una situación que sólo puede tener por víctimas a mujeres gitanas... a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se la impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo a los usos gitanos (por ser mujer y gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de éste (por ser mujer y gitana), pero se la negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácilmente aplicable a un varón gitano). Es evidente que su experiencia de discriminación no la hubiera podido haber sufrido ni una mujer paya ni tampoco un varón gitano. Es específica. Es una discriminación múltiple”.

<sup>44</sup> Schiek, D. “A New Framework on Equal Treatment of Persons in EC Law?”, *European Law Journal*, vol. 8, pág. 290 y ss.

Se planteó al inicio hasta qué punto la multiplicidad de causas de discriminación y su necesaria protección podía debilitar la tutela de la discriminación por razón de sexo. La respuesta no puede ser sino negativa, en la medida que el sexo es con frecuencia el sustrato sobre el que recaen otras causas de discriminación que no son siempre discriminaciones aislables. La discriminación por sexo ha sido, de hecho, uno de los terrenos en que se ha desarrollado y se sigue desarrollando la teoría de la discriminación múltiple.

Una vez más la discriminación por razón de sexo o género es y debe ser la punta de lanza que sostenga el desarrollo del concepto de discriminación y los avances que le van acompañando, especialmente en un momento como éste en que se entra a valorar no un hecho puntual, sino toda una situación social que afecta predominantemente a las mujeres como sujetos pasivos de discriminaciones adicionales a la toma en consideración de su género<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Walgenbach K, Dietze, G., Hornscheidt, A Y Palm, K. “Gender als interdependente Kategorie. Neue Perspektiven auf Intersektionalität, Diversität und Heterogenität”, Verlag Barbara Budrich, 2<sup>a</sup> ed., 2012.



# **IGUALDAD DE TRATO Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA ACTIVIDAD DE INTERMEDIACIÓN LABORAL**

FERNANDO VALDÉS DAL-RÉ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid  
Magistrado del Tribunal Constitucional*

## **ÍNDICE**

1. Introducción
2. Los principios básicos de la intermediación laboral: ¿son principios jurídicos?
3. El principio de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y de no discriminación
4. El derecho de no discriminación
  - 4.1. Consideraciones generales
  - 4.2. La regulación de la prohibición de discriminación por cualquier
  - 4.3. La regulación de la prohibición de discriminación por razón de género
5. Bibliografía citada

## **1. INTRODUCCIÓN**

1. El art. 22 de la LE, que se abre con la expresiva rúbrica de “principios básicos de la intermediación laboral”, pertenece al grupo de preceptos de la citada norma legal que no ha mantenido su redacción originaria, la que fue establecida por la Ley 56/2003, de 16 de diciembre. Dicho pasaje legal, en efecto, ha sido objeto de una revisión por parte, primero, del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas

urgentes para la reforma del mercado de trabajo (RDLRMT) y, más tarde, de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de igual denominación (LRMT). En la versión inicial de la LE, la de 2003, los enunciados normativos de los denominados principios básicos de la intermediación laboral se desgranaban en cuatro apartados, todos los cuales se desarrollaban en un solo párrafo, a excepción del tercero, estructurado en dos. La reforma del art. 22 LE llevada a cabo por el art. 14.3 del RDLRMT, que transitó con algunos retoques menores al articulado de la LRMT, actuó en un doble frente; de un lado, reordenó la sistemática interna del precepto y, de otro, amplió su contenido material, añadiendo nuevos apartados o nuevos párrafos en los apartados procedentes de la LE-2003

En lo que concierne al primer frente de actuación, la versión anterior del art. 22 LE se estructuraba, como ya se ha hecho constar, en cuatro apartados, procediendo la reforma del 2010 a sumar uno nuevo. Pero esta revisión no quedó limitada a la incorporación de un quinto apartado; también tuvo lugar una completa reenumeración interna. En tal sentido, el anterior apartado núm. 1, sin añadido alguno, pasó a ser el apartado núm. 3; el núm. 2, se convirtió en el núm. 1, bien que con un nuevo párrafo; el núm. 3, se reubicó, sin cambios, en el núm. 2 y, en fin, el núm. 4 mantuvo su ordenación interna, bien que con la agregación de un segundo párrafo, cerrando el capítulo de apartados un último, el núm. 5.

Enjuiciada desde una perspectiva meramente formal, la reordenación del art. 22 LE acometida por la LRMT puede calificarse como positiva, ya que el orden interno asignado a los principios reubicados cuenta a partir de entonces con un más acertado criterio de relevancia jurídica. Sin entrar por el momento en sus contenidos de fondo, la nueva numeración gradúa los principios básicos de la intermediación laboral conforme a la escala siguiente: principios y derechos constitucionales de aplicación universal a todos los agentes intermediarios (art. 22.1), principio de exclusividad en el ejercicio de la actividad de intermediación a favor de los servicios públicos de empleo y de las agencias de colocación (art. 22.2), principio de la dimensión pública de la intermediación laboral, garantizado por los servicios públicos de empleo (art. 22.3), principio de gratuidad de la intermediación laboral (art. 22.4) y principio de atribución exclusiva de la condición de demandante de empleo al inscrito como tal en el servicio público de empleo (art. 22.5).

2. Distinto, al menos en lo esencial, es el origen y evolución del art. 22 bis LE que, en realidad, no hace sino desarrollar, completando o integrando, uno de los principios básicos de la intermediación laboral enunciado en el art. 22.1; a saber: el principio de no discriminación en el acceso al empleo. La propia numeración, que añade un *bis* a su ordinal, ya evidencia que el precepto no procede de la LE-2003, sino de una revisión legislativa posterior que hubo de recurrir, a fin de preservar la estructura formal de la citada ley, al expeditivo recurso de la iteración de ordinales. Inicialmente diseñado con un carácter transitorio, este recurso se está convirtiendo,

si no en definitivo sí en recurrente, dada la resistencia del legislador nacional a refundir los textos legales laborales al compás de los constantes zarandeos y sacudidas a los que les somete.

En todo caso y al margen de que la reiterada presencia de artículos *bises*, *trises*, *quater* y sucesivas numeraciones en el *corpus* de las disposiciones laborales pone en cuestión los más elementales niveles de seguridad jurídica exigibles de cualquier norma, máxime si éstas ostentan rango legal, el art. 22 bis fue alojado en el articulado de la LE por la Disposición Adicional decimoséptima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (LOI). De su lado, el art. 14.4 de la LRMT efectuó dos ligeros e irrelevantes ajustes en el contenido del párrafo primero. El primero, de índole sistemática, se sustanció en la supresión de la mención a un tipo concreto de agencias de colocación, las carentes de fines lucrativos, de modo que la referencia ahora a tales instituciones, a las agencias de colocación, es genérica, comprendiendo a todas ellas, sea cual fuere su naturaleza. El segundo retoque se alineó con los cambios habidos en el entonces vigente art. 16.2 ET<sup>1</sup>, proscribiendo de manera expresa tanto las conductas discriminatorias directas como las indirectas en el acceso de empleo.

## **2. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE LA INTERMEDIACIÓN LABORAL: ¿SON PRINCIPIOS JURÍDICOS?**

3. Desde una perspectiva meramente formal, la identificación de la rúbrica de un precepto, legal o reglamentario, mediante el empleo de una oración que incluye la expresión *principio* o *principios* no forma parte de la terminología habitual, de la semántica más al uso; en la inmensa mayoría de los casos, más bien, la técnica legislativa maneja dicciones relacionadas con el contenido regulado por dicho precepto, sea cual fuere su naturaleza (sustantivo, organizativo o procedimental, por evocar ejemplos significativos), referencias éstas al contenido que suelen tener una dimensión o alcance preferentemente descriptivo.

Es ésta, sin embargo, una pauta general que en ocasiones se exceptúa, incorporándose entonces aquél término al rótulo de un concreto pasaje legal (título, capítulo o, señaladamente, artículo). El ordenamiento laboral, sustantivo y adjetivo, ofrece algunos ejemplos de estas opciones semánticas. Así, el título VI de la hoy derogada Ley de Procedimiento Laboral se abría con el rótulo “de los principios del proceso y de los deberes procesales”, rótulo éste que ahora ha transitado a la misma

---

<sup>1</sup> Derogado por el RDL 8/2014, de 4 de julio.

ubicación y con idéntica terminología a la Ley 37/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. En esta misma dirección, los arts. 50 de la LISOS y 15 de la LPRL también han hecho suyo aquél término, intitulado estos preceptos, respectivamente, bajo las denominaciones de “principios de tramitación” y “principios de la acción preventiva”.

Desde su primera versión, la de 2003, la LE optó por normalizar en su articulado la expresión a examen, llevándola a la cabecera de tres concretos preceptos legales: del art. 8º (“principios de organización y funcionamiento”), del art. 24 (“principios generales de las políticas activas de empleo”) y, en fin y en lo que ahora importa, del art. 22 que, como ya se anticipó, ha sido identificado bajo el *dictum* “principios básicos de la intermediación laboral”.

Desde luego, las opciones del legislador al rubricar los pasajes legales no resultan irrelevantes. Atendiendo a criterios de estricta técnica legislativa, la rotulación de las diversas partes en que se estructura una disposición, sea cual fuere su rango, puede cumplir – y de hecho cumple – diferentes objetivos, entre los que, acaso, el más relevante es dotar de unidad interna a cada una de esas partes. En todo caso, las rúbricas que encabezan los diversos pasajes de una disposición no son jurídicamente vinculantes; tienen un alcance meramente orientativo, pudiendo ser utilizadas por los operadores jurídicos con fines muy diversos, al estilo, por ejemplo, de guía sistemática destinada a facilitar el más rápido encuentro de la regulación deseada. En otras palabras, la eventual falta de concordancia entre el rótulo de cabecera y el contenido regulado plantea meros problemas formales de colisión, que siempre han de sustanciarse en el terreno de la técnica legislativa y nunca con arreglo a los criterios de solución de las antinomias.

La aseveración que se viene de enunciar es cierta; y lo es adicionalmente de manera plena, sin reservas ni objeciones. No obstante ello, la decisión del legislador de calificar con el término *principio* un determinado pasaje legal no solo puede suscitar, como ya se ha razonado, problemas a la hora de formular juicios de adecuación entre rúbrica y materia regulada, problemas estos resolubles conforme a los cánones procedentes de la técnica legislativa. Al margen de estos primeros debates, pueden abrirse nuevas discusiones que alteran los términos que integran el propio juicio de adecuación. El objetivo de la comparación, aun cuando sigue manteniéndose en un ámbito estrictamente lógico-formal, ya no pretende verificar la mayor o menor adaptación entre rotulación y contenido normativo; su propósito, bien diferente, se centra en examinar el nivel de precisión técnica alcanzado por el legislador al atribuir a una norma concreta la calificación de principio jurídico. En las observaciones que siguen me ocuparé, precisamente, de analizar el grado de conformidad existente entre la rúbrica del art. 22 LE y la naturaleza de principios de los diferentes enunciados establecidos en este precepto.

4. En el capítulo de las teorías elaboradas para configurar el derecho, la normativa no solo es, de seguro, la que cuenta por un mayor número de seguidores en la literatura científica; además de ello y sobre todo, es la que ofrece una mejor comprensión de la experiencia jurídica. El derecho es, ante todo, un conjunto de proposiciones prescriptivas que fijan reglas de comportamiento; en otras y breves palabras, el derecho es un sistema de normas.

La norma constituye así la figura central en la teoría del derecho; es ésta, sin embargo, una figura que admite una notable pluralidad de distinciones basada, a su vez, en una pluralidad de criterios. En tal sentido, y sin ánimo de ser exhaustivo, cabe diferenciar, según el contenido, entre normas materiales o sustanciales y adjetivas o procedimentales; en atención a los destinatarios, se habla de normas generales o universales y normas particulares o singulares y, en fin, en función de la naturaleza de la conducta prescrita, entre normas instrumentales y normas finalistas. Pero dentro de la ingente tipología de normas, una de las distinciones más relevantes en la teoría de la norma y, de seguro, la más relevante en la teoría de los derechos fundamentales es la que diferencia entre reglas y principios, entre regla jurídica y principio jurídico.

A pesar de su dilatada tradición y de su constante uso por parte de la dogmática jurídica, la distinción entre regla y principio dista de ser pacífica; antes bien, se encuentra instalada en una situación de “confusión y polémica”, existiendo una “desconcertante variedad de criterios” (Alexy 2001, 82-83). Lo primero que conviene destacar es que regla y principio son especies de un mismo género, la norma, por lo que resulta de todo punto improcedente contraponer norma y principio. La regla y el principio son modalidades de una misma categoría; en consecuencia, una y otro constituyen proposiciones prescriptivas que pueden formularse a través de cualquiera de las expresiones deónticas básicas: mandato, permisión y prohibición (Bobbio 1993, 198).

En un esfuerzo de síntesis, Alexy (2001, 85) ha reunido en tres grandes grupos las múltiples tesis elaboradas sobre la distinción entre regla y principio. La primera es la que, en razón de la pluralidad de criterios de diferenciación propuestos, considera inútil la distinción misma, negando la existencia de una regla de reconocimiento que permita identificar con la obligada seguridad y certidumbre los enunciados normativos configurables como reglas o como principios. En el segundo, se integran las teorías que basan la distinción en una cuestión de *grado*, tal y como puede predicarse del criterio, acaso mayoritario, centrado en la mayor o menor generalidad e indeterminación de cada categoría de norma. A tenor del mismo, los principios son las normas dotadas de un grado de generalidad relativamente alto, mientras que las reglas son las normas que cuentan con un nivel relativamente bajo de indeterminación o vaguedad. Para las teorías del último grupo, en fin, la división entre regla y principio no es de grado; atiende, antes al contrario,

a diferencias cualitativas, abriéndose a su vez un intenso debate sobre la identidad de esa cualidad diferenciadora.

Para unos autores, dicha característica singular reside en la distinta estructura adoptada por las reglas y los principios. Mientras que las reglas ordenan realizar algo de manera incondicional o taxativa, anudando de manera necesaria la consecuencia jurídica enunciada al supuesto de hecho determinado, los principios definen sus mandatos “en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, actuando así como “mandatos de optimización” (Alexy 2001, 86). Para otros autores, en cambio, el rasgo diferenciador no tiene una dimensión estructural sino funcional. Reglas y principios son “razones para la decisión” jurídica; pero las reglas son “razones perentorias” y los principios son razones para la ponderación. De ahí que, conforme a este enfoque, los conflictos entre reglas han de sustanciarse de acuerdo a criterios de validez, mientras que las colisiones entre principios han de resolverse en una dimensión diferente; en la dimensión del “peso” que cada uno de ellos despliega en relación con otros principios (Dworkin 1986, 26).

No son estos momento ni lugar apropiados para entrar a analizar, ni tan siquiera de manera superficial, las intensas discusiones acerca de la distinción a examen, A los efectos que aquí me importa, me bastará dejar constancia de mi coincidencia con el solvente sector de la doctrina que opta por la tesis estructural en atención a tres razones: por ofrecer una mejor comprensión del principio en el terreno de la práctica aplicativa, por facilitar una más adecuada inteligencia de la composición del ordenamiento jurídico, en una apreciación tanto de conjunto como de carácter sectorial y, en fin, por acomodarse de manera más satisfactoria a la concepción que de los propios principios suministran nuestra disposiciones vigentes (Martín Valverde 2002, 820).

5. Las anteriores observaciones no han tenido otra finalidad que la de preparar el debate sobre el nivel de adecuación entre la rúbrica que encabeza el art. 22 LE y los contenidos regulados en este mismo precepto legal. De lo que se trata, en definitiva es el verificar si las proposiciones normativas establecidas a lo largo de los cinco ordinales del art. 22 LE pertenecen o no a la categoría de *principios* jurídicos, tal y como anuncia sin ambages y con solemnidad el rótulo que abre este concreto pasaje legal.

De una primera e, incluso, ligera lectura del mismo puede aceptarse una cierta correspondencia entre rúbrica y materia regulada. La finalidad a la que pretende servir el precepto a examen es la identificación del marco general de la organización y el funcionamiento, en nuestro ordenamiento jurídico, de la actividad de intermediación laboral, entendida, desde una perspectiva institucional y no funcional, como una pieza esencial del Sistema Nacional de Empleo, tal y como el mismo es

regulado en los artículos comprendidos en el Título I de la propia LE. Sin embargo, es ésta una correspondencia atécnica jurídicamente, que se consume en el terreno de las grandes orientaciones de política de derecho, sin traspasar al territorio de la teoría del derecho o, si se prefiere, de la dogmática de la norma. En otras y breves palabras, las previsiones legales enunciadas en cada uno de los cinco apartados del art. 22 LE no entran, todas ellas, en la categoría de principios. En lugar de contar con una estructura interna unitaria, levantada y desarrollada a través de la figura del principio jurídico, la naturaleza de las normas incluidas en el reseñado pasaje legal es relativamente variada. Y aun cuando en su contenido conviven las dos modalidades de normas jurídicas de las que me vengo ocupando, la mayoría de los enunciados entra en la categoría de regla jurídica y no de principio jurídico (para más detalle, Valdés Dal-Ré 2012, 365).

El párrafo primero del art. 22.1 LE es, en rigor, el único apartado que enuncia un principio jurídico en el sentido que aquí se le ha atribuido, como equivalente a norma que ordena realizar algo en la medida de lo posible. El sometimiento del conjunto de la actividad de intermediación laboral, al margen y con independencia del concreto agente que la lleve a cabo, “a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos” entra de lleno en la categoría de los mandatos de optimización. El referenciado pasaje legal está formulando, en efecto, una idea normativa informadora de la ordenación de los procesos de selección y casación entre ofertas de trabajo y demandas de empleo, idea ésta que habrá de ejercer una decisiva relevancia en la solución “de grupos de casos concretos, pero sin una adscripción precisa a supuestos de hecho predeterminados” (Martín Valverde 2002, 817). Con todo y con ello, como habrá ocasión de argumentar más adelante, esta norma también enuncia derechos subjetivos.

Desde luego, carece de la condición de principio jurídico el párrafo segundo del art. 22.1 LE, que, a través de la técnica de remisión, sujeta la actuación de la totalidad de los agentes de intermediación “a la normativa aplicable en materia de protección de datos”. Igualmente está privada de esa misma condición la previsión establecida en el número 2 del pasaje legal a examen, cuya estructura responde no a la propia del principio jurídico sino de la regla jurídica, pudiendo ésta quedar inscritas en una singular categoría: la regla de organización. Reiterando lo que ya dispone el art. 21 LE, al definir los agentes de la intermediación, el art. 22.2 de este mismo texto legislativo declara que la actividad de intermediación se instrumentará, con carácter general, a través de los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación y, en relación con colectivos específicos de trabajadores, mediante entidades colaboradoras.

A esta misma estructura de regla jurídica obedecen los dos párrafos del art. 22.4 LE, que ordenan la gratuidad de la actividad de intermediación laboral. Igual es-

estructura, en fin, tiene el art. 22.5 LE, cuya condición de principio básico de la intermediación laboral, entendida esta noción en el sentido no técnico anteriormente asignado, resulta adicionalmente muy discutible. Atendiendo a la finalidad por ella perseguida, la ubicación correcta de esta regla habría de haber sido, en lugar de en el precepto destinado a identificar los principios estructuradores de la organización y funcionamiento de la intermediación laboral, en el art. 27 de este mismo texto legislativo, que es el que se ocupa de la inscripción de los desempleados como demandantes de empleo y de la suscripción por estos del compromiso de actividad.

Finalmente y en relación con la previsión establecida en el art. 22.3, su estructura no pertenece ni a la categoría de principio jurídico ni a la de regla jurídica. Se trata de una mera declaración programática que, incluso y tras la reforma llevada a cabo por la LRMT, entra en abierta colisión con concretas reglas jurídicas.

En las observaciones que siguen, examinaré, con la obligada brevedad, dos de los principios básicos mencionados en los arts. 22 y 22 bis LE; a saber, el principio de igualdad de oportunidades y la prohibición de no discriminación.

### **3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL ACCESO AL EMPLEO Y DE NO DISCRIMINACIÓN**

6. El art. 22.2 LE-2003 (actual 22.1) disponía la vigencia, en el ámbito de la intermediación laboral ejercida por los servicios públicos de empleo, por las agencias de colocación así como por otras entidades colaboradoras de aquellos, “de los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos”. En su redacción vigente, el contenido del art. 22.1 LE, además de haber pasado a encabezar el precepto legal rubricado con el título “principios básicos de la intermediación laboral”, queda estructurado en dos párrafos; el primero, se limita a reproducir en su más estricta literalidad la regla transcrita; el segundo, que habría de experimentar reformas en el tránsito parlamentario de los contenidos del RD-Ley 10/2010 a la Ley 35/2010, dispone que la integridad de los agentes intermediadores del mercado de trabajo “someterán su actuación en el tratamiento de datos de los trabajadores a la normativa aplicable en materia de protección de datos”.

Centrando exclusivamente la atención en el enunciado normativo del párrafo primero, es de sobra conocida la naturaleza compleja de la igualdad jurídica. Calificada por la CE como un valor superior del ordenamiento (art. 1.1), la igualdad vuelve a mencionarse de manera bien expresa bien implícita en otros numerosos pasajes constitucionales. Así y por ejemplo, la igualdad constituye condición de acceso a las funciones y cargos públicos (art. 23.2), inspira el sistema tributario justo (art. 31) o, en fin, es una garantía subjetiva para el ejercicio de hombres y mujeres

del derecho a contraer matrimonio (art. 32.1). Pero además de definirse como valor superior del ordenamiento o, si se prefiere, como exigencia objetiva del orden jurídico, el art. 14 CE configura a la igualdad como un principio y como un derecho. Como dijera la sentencia TC 200/2001, de 4 de octubre, amparándose en una “conocida doctrina constitucional”, la cláusula general establecida en ese precepto se configura, además de cómo principio general, como “un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual” (FJ 4). Por lo demás, este carácter de derecho subjetivo se relaciona con la igual dignidad de los seres humanos, que se erige “en su base y punto de partida (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer/Fernández López 2008, 277).

Es en este complejo contexto constitucional, en el que el art. 22.1 LE, invocando expresamente los principios constitucionales, ordena que la prestación de la actividad de intermediación laboral, sea cual fuere el agente que la ejecute, público o privado, se preste “de acuerdo a los principios de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo (...)”.

Lo primero que llama la atención del inciso legal transcrito es la expresión utilizada, “principio de igualdad de oportunidades”, que viene a adjetivar o especificar la noción más extendida. Desde luego, no es éste un término habitual en nuestro lenguaje normativo, que normalmente identifica el principio de igualdad de forma nuda; pero tampoco constituye una rigurosa novedad. En tal sentido, la alusión a la igualdad de oportunidades aparece en abundantes preceptos legales de la LOI (por ejemplo, arts. 4, 5, 14.2, 15 o 26.1), bien que con una dicción que, al menos en su construcción gramatical, no coincide con la maneja por la LE. Mientras ésta norma legal alude, como ya se ha hecho notar, al principio de igualdad de oportunidades, aquella otra, la LOI, se refiere “al principio de igualdad de trato y de oportunidades”.

Una primera y superficial comparación de la terminología utilizada por nuestros textos, constitucional y legales, suscita, al menos en apariencia, un doble problema: de un lado, discernir la especificidad, si alguna, que aporta el principio de igualdad de oportunidades al principio de igualdad; de otro, analizar si la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades son nociones diferentes y, en caso afirmativo, precisar sus respectivas conexiones con el principio de igualdad, sin más adjetivaciones.

7. Por lo pronto, la igualdad de oportunidades constituye el medio o el instrumento a través del cual se aplica el principio de igualdad “en un determinado contexto y momento” (Sierra Hernáinz 1999, 18), procurando establecer aquellas condiciones que garanticen, a cada persona con respecto a las demás, un acceso a los bienes escasos en situación de igualdad. Así entendida, la igualdad de oportunidades se construye y asienta sobre una concreta situación de hecho: dada la exi-

güidad de ciertos bienes, el disfrute de los mismos, en lugar de universal, se encuentra cuantitativamente limitado a un cierto número de personas, más o menos extenso según la entidad de la escasez misma. En un entorno semejante, dicho principio asegura que cada persona va a recibir un trato igual, apreciado este conforme a un juicio relacional con el resto de personas que opten al goce y disfrute del mismo bien.

Es ésta, no obstante, una dimensión formal del principio de igualdad de oportunidades, que se limita a asegurar que cada persona que resulte titular de un derecho ha de ser tratada de manera idéntica al de las restantes personas que con ella puedan competir en el acceso y ulterior disfrute del bien escaso. Esta vertiente formal de la igualdad de oportunidades no pretende llevar a cabo una reconfiguración de las relaciones sociales, moderando o suprimiendo los factores de desigualdad de toda índole (social, económica o educativa, por citar algunos significativos) que puedan existir y que de hecho existen con notable intensidad diferenciadora en el seno de las sociedades; de las históricas, pero también de las actuales. En suma, este primer sentido limita su radio de acción a la prohibición de establecer diferencias en el acceso a los bienes escasos que no resulten objetivas y razonables. Al lado de esta primera significación, se alza la vertiente material de la igualdad de oportunidades, entendida ya solo como principio y no como derecho subjetivo, que pretende llevar a cabo una redistribución de bienes, servicios y poderes en la sociedad, una transformación de sus estructuras económicas y sociales, combatiendo las propias causas de las situaciones de desigualdad a fin de garantizar a todas las personas una igualdad sustancial. Tal es y no otro el mandato de optimización enunciado en el art. 9.2 CE y que compromete a todos los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas.

De estas dos dimensiones del principio de igualdad de oportunidades, no me parece discutible que la manejada por el art. 22.1 LE es la formal. Sobre la base de una mera constatación fáctica, cual es la escasez de las ofertas y demandas de empleo gestionadas por las entidades de intermediación laboral, el art. 22.1 LE no enuncia compromiso alguno que obligue a aquellas a poner en marcha medidas destinadas a eliminar las situaciones de desigualdad sociales, económicas o educativas de partida que pueden diferenciar a los demandantes de empleo, favoreciendo a unos y perjudicando a otros; su contenido se concreta en un mandato dirigido, como se ha de razonar en breve, a esas entidades con vistas a que gestionen los procesos de oferta y demanda de empleo de acuerdo con las exigencias que impone el principio de igualdad de trato.

De una inteligencia como la expuesta del principio de igualdad de oportunidades, cabe entender que, en el enunciado normativo del art. 22.1 LE, este último principio, el de igualdad de trato o igualdad en la ley, no se encuentra expresamente

mencionado. A diferencia de la más correcta formulación llevada a cabo por la LOI, que identifica como nociones diferentes, la igualdad de trato y la de oportunidades, el objeto del enunciado del precepto de la LE a examen, es el instrumento o cauce de aplicación del principio de igualdad y no el principio en sí mismo considerado. Al margen de su discutible calidad técnica, es esta, no obstante, una omisión carente, a mi juicio, de toda relevancia. El tan citado art. 22.1 LE no solo garantiza unas mismas oportunidades en las acciones de casación de ofertas y demandas de empleo, mandando a las entidades de la intermediación laboral a que, en la organización y gestión de esas acciones, no exista obstáculo, barrera o impedimento alguno que coarte, limite o restrinja esa igualdad. Además de ello, atribuye a los oferentes y demandantes de empleo un derecho subjetivo que les va a permitir adoptar las oportunas medidas de restauración del derecho de igualdad, en caso de que este derecho sufra lesiones. Por este lado y en conclusión, no me parece aventurado concluir afirmando que la igualdad consagrada en el art. 22.1 LE es la igualdad de trato y de oportunidades; aquella primera, entendida en la triple dimensión de exigencia de las políticas de colocación, condición del goce y ejercicio de las acciones de intermediación laboral y derecho subjetivo de los oferentes y demandantes de empleo, y esta segunda como garantía para cada persona de que, en su proceso de casación, va a encontrar, respecto de los eventuales competidores, unas condiciones iguales de partida.

Como ya se ha señalado, los sujetos pasivos de esta garantía son las entidades de intermediación; esto es, las que, de conformidad con las previsiones del art. 21 de la LE, asumen la condición de agentes de la intermediación; esto es, los servicios públicos de empleo, las entidades colaboradoras, las agencias de colocación y los servicios que actúen para los trabajadores en el exterior.

De conformidad con el precepto a examen, el art. 22.1 LE; el objeto del principio de igualdad de oportunidades es “el acceso al empleo”, expresión ésta que, en el entorno sistemático más inmediato de su formulación, ha de ser entendida como equivalente a igualdad de oportunidades en el conjunto de las acciones destinadas a casar ofertas y demandas de empleo, entre las que, de seguro, se encuentran las siguientes: la recepción de unas y otras, el tratamiento de las mismas (por ejemplo, informático y, lo que es más importante, publicitario) y la selección conforme a los requerimientos de las ofertas y los perfiles profesionales de las demandas.

## **4. EL DERECHO A LA NO DISCRIMINACIÓN**

### **4.1. Consideraciones generales**

8. Probablemente ningún derecho fundamental ha experimentado una transformación tan importante en su concepto material y en su vinculabilidad jurídica como

el derecho a no ser discriminado. En lo que concierne al primer aspecto, el derecho ha transitado de una noción formal a una noción material; y en lo que se refiere a su vinculabilidad, la interdicción de discriminación, de ser concebida como un derecho estrictamente oponible frente a los poderes públicos, ha pasado a ser un derecho de directa aplicación en la esfera privada y, muy señaladamente, en las relaciones laborales.

En sus orígenes, la prohibición de no discriminación se caracteriza por dos notas. El derecho a no sufrir discriminación se configura, de un lado, como un postulado general deducible del principio de igualdad y, de otro, como un derecho desprovisto de autonomía propia; un simple medio de defensa de otros derechos o un mero “canon de regularidad jurídica del ejercicio de otros derechos” (Pérez del Río *et alt* 1993, 25). El tratamiento llevado a cabo por la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), en su versión original, ilustra de manera ejemplar la mencionada configuración.

En esta primera versión, la interdicción de discriminación se concibe como una simple concreción del principio de igualdad ante la ley, que se manifiesta no de manera autónoma sino en conexión con otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio tiende a facilitar. El enjuiciamiento y valoración de las conductas discriminatorias se efectúa, en esta fase inicial, con el utillaje conceptual elaborado para la detección de los tratamientos desigualmente vulneradores de la igualdad; esto es, con el juicio de discernimiento sobre la concurrencia o no de una justificación objetiva y razonable de la diferencia de trato. El derecho a no ser discriminado queda asimilado así y a todos los efectos a una diferenciación de trato de carácter razonable y justificado. Por consiguiente, las distinciones no entran sin más en colisión con el derecho; tan sólo se vedan las que resulten arbitrarias, enjuiciada la arbitrariedad en términos de ausencia de proporcionalidad entre el medio utilizado y el objetivo perseguido.

Esta noción formal de la prohibición de discriminación será progresivamente sustituida y reemplazada por otra de carácter sustantivo y parificador. La discriminación deja de ser entendida como un problema de desigualdad, como un límite a la actuación de los poderes públicos, a los que se considera como único sujeto potencialmente vulnerador del derecho y, por tanto, único sujeto efectivamente responsable de la adopción de aquellas medidas, negativas o positivas, que garanticen un disfrute de derechos para todos, no discriminatorio. Y en su lugar, se va abriendo camino otra configuración para la que la discriminación ya no plantea un problema de trato desigual injustificado. La discriminación evoca, en este segundo sentido, una situación de marginación social de ciertos colectivos de personas físicas (seres humanos) y, por lo tanto, la interdicción de no discriminación instrumenta en el plano jurídico la vía de supresión de las malformaciones que se han ido creando en la sociedad. O por decirlo con las rotundas palabras de nuestro Tribunal Constitu-

cional, la cláusula de no discriminación “persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad humana” (sentencia TC 19/1989, de 31 de enero, FJ. 4).

Entendida la discriminación en estos términos, como un mal social en cuya erradicación han de empeñarse sin miramiento alguno los ordenamientos jurídicos, las causas de la propia discriminación (sexo, raza o condición social, por citar algunos ejemplos significativos) ya no pueden ser invocadas como legítimos títulos potencialmente justificativos de tratamientos diferenciadores, cuya valoración final, desde la perspectiva del par igualdad/desigualdad, es la no razonabilidad o arbitrariedad de la diferenciación misma. La discriminación deja de ser entendida como una distinción arbitraria y no objetiva, y asume un sentido netamente peyorativo en atención a una doble circunstancia. De un lado, por el carácter “odioso” del propio criterio de diferenciación, basado en características biológicas (sexo, raza o edad) o en situaciones sociales de las personas discriminadas al margen de su responsabilidad; de otro, por cuanto la distinción genera en los sujetos discriminados un perjuicio, un daño o una desventaja por ellos no deseada (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer/Fernández López 1986, 109).

#### **4.2. La regulación de la prohibición de discriminación por cualquier causa**

9. Como no puede ser de otro modo, el alcance jurídico que se viene de exponer sobre el derecho a no ser discriminado tiene una aplicación plena en el ámbito de la intermediación laboral. La expresa referencia que el párrafo primero del art. 22.1 LE hace al principio constitucional de no discriminación ha de ser entendida, con todas sus consecuencias, en el contexto evolutivo experimentado por el derecho. Por consiguiente, la cláusula de no discriminación ahí recogida está dotada de un alcance causal general, coincidente en su ámbito prohibitivo con la regla enunciada por el art. 17.2 ET en relación con el ámbito de las relaciones laborales, a tenor de la cual las agencias de colocación no podrán establecer discriminación “directa o indirecta por razón de sexo, origen, incluido el racial o étnico, estado civil, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación o condición sexual, adhesión o no a sindicatos o a sus acuerdos, vínculos con de parentesco con personas a o relacionadas con (las empresas) y lengua dentro del Estado español”.

Centrando la atención ahora en el precepto que concreta la mencionada cláusula de no discriminación, dos son las previsiones enunciadas en el art. 22 bis.1 LE, las cuales comparten elementos comunes pero también cuentan con elementos específicos y diferenciadores. El elemento en común lo constituyen los sujetos pasivos de las obligaciones instituidas, que son los agentes de la intermediación; de todos

ellos sin matizaciones ni reservas. Así se deduce de la propia literalidad utilizada por ese pasaje, que, en un caso, menciona nominativamente (párrafo primero), siguiendo la senda abierta por el párrafo primero del art. 22.1 LE, a cada uno de dichos agentes – los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación - y, en otro, los agrupa bajo una denominación, “gestores de la intermediación laboral” (párrafo segundo), que no se vuelve ya a incorporar en el texto legislativo.

La pluralidad define los elementos diferenciadores de la regulación del derecho de no discriminación, rasgo ese que se expresa en el objeto de la prohibición de discriminar así como en los titulares de aquél derecho. Por lo pronto, el objeto de la cláusula general de no discriminación, de la enunciada en el párrafo primero del art. 22.1 LE; es decir, el conjunto de las acciones constitutivas de la actividad de intermediación laboral, la función de colocación apreciada en su integridad. En lógica consecuencia, los titulares del derecho son todos los usuarios de la propia actividad; es decir, tanto los empresarios como los trabajadores; en otras palabras, quienes, bajo la condición de oferentes o de demandantes de trabajo, pueden dar por cerrado el proceso de casación de empleo mediante la formalización del oportuno contrato de trabajo.

En el desarrollo del art. 22.1 LE llevado a cabo por el art. 22 bis.1 de este mismo texto legislativo, los titulares del derecho de no discriminación difieren; ya no son de manera indistinta oferentes y demandantes de empleo sino, exclusivamente, estos segundos, los trabajadores que buscan una ocupación. Así se deduce del lenguaje normativo, que especifica el objeto de la protección con unas expresiones, cuales son las de “acceso de empleo” (párrafo primero) y de “ofertas de colocación” (párrafo segundo), predicables exclusivamente respecto de los trabajadores. Son éstos los que pretenden acceder al empleo a través de la intervención de los mediadores del mercado de trabajo; y son también ellos los receptores en potencia de las ofertas de colocación.

Por su parte, el objeto de la prohibición de discriminación *ex* art. 22 bis.1 LE no es ya genéricamente el conjunto de las acciones gestionadas por los agentes de colocación. Con un carácter más limitado, el ámbito de la tutela antidiscriminatoria se circunscribe ahora a las ofertas de trabajo emitidas por los empresarios, en lo que concierne tanto a los trabajadores destinatarios de las mismas como a sus condiciones de ejecución. De manera implícita, así se infiere de una interpretación sistemática del párrafo primero del precepto legal a examen, que instituye a cargo a los agentes mediadores el deber de “velar específicamente” a fin de evitar discriminaciones, directas o indirectas, en el acceso al empleo. Y de manera expresa, así se desprende de la literalidad del párrafo segundo de este mismo pasaje legal, que impone a los “gestores de la intermediación laboral” una doble y combinada obligación: de un lado, el examen de la posible concurrencia, en las ofertas de colocación recepcionadas, de indicios de discriminación y, de otro y en caso de haberse detectado la existencia de tales indicios, su comunicación “a quienes hubiesen

formulado la oferta”. A pesar del silencio normativo, la finalidad de la puesta en conocimiento del empresario de la presencia en su oferta de empleo de elementos discriminatorios no puede ser otra que la dación a aquél de la oportunidad de corregir la discriminación advertida. En todo caso y por lo demás, los agentes de la intermediación laboral tienen vedado, por el juego de ambas obligaciones, almacenar, difundir o tramitar ofertas de colocación de carácter discriminatorio.

### **4.3. La regulación de la prohibición de discriminación por razón de género**

10. De entre las causas de discriminación, la sufrida por las mujeres es la más antigua “y persistente” en el tiempo y la más extendida en el espacio. Pero también es la más versátil en sus manifestaciones, la más relevante desde una perspectiva cuantitativa “y la más primaria”, por cuanto tiene la capacidad de sumar otras causas de discriminación (Rey Martínez 2001, 1). Tan arraigada situación explica, en primer lugar, el por qué el sexo figura de manera sistemática en el listado de las causas de discriminación, mencionadas por las declaraciones internacionales y nacionales. Con independencia de la noción adoptada por los textos normativos en relación con el derecho a no ser discriminado (formal o material), ninguna cláusula general de igualdad o de prohibición de no discriminación elude la mención al sexo como causa vetada y proscrita de desigualdad o de discriminación. Muy antes al contrario, se menciona; y en los lugares de cabecera del catálogo de causas. Pero dicha situación también explica que el principio de no discriminación por razón de sexo constituya, en la actualidad de nuestros días, uno de los principios básicos y más transversales de las estructuras jurídicas. De ahí que la Asamblea de Naciones Unidas adoptara en el año 1979 un instrumento específico, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que consolida la idea de que la discriminación por razón de género vulnera “los principios de la igualdad de derechos y del respeto a la dignidad humana”.

La proscripción de las discriminaciones directas (paridad de trato normativo) constituye la primera y más primaria manifestación del derecho a no ser discriminado por razón de sexo, y se traduce en una prohibición de que las normas (legales, reglamentarias o colectivas), los actos administrativos o los contratos de trabajo instituyan un trato diferente y perjudicial en razón de la pertenencia a uno u otro sexo. Este principio de paridad puede moderarse, con carácter excepcional, en determinadas situaciones, importando detenerse aquí en su aplicación en ciertas actividades profesionales para las que el sexo puede constituir, como dispone la legislación comunitaria, “un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”<sup>2</sup>, o puede venir

---

<sup>2</sup> Cfr. art. 14.2 de la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (Refundición). Esta dicción procede del art. 2.6 de la

exigida, por manejar ahora las expresiones utilizadas por los ordenamientos norteamericano y francés, por una *business necessity*, o *pour une défense du marché* (TREU 1989, 38). En general, la jurisprudencia comunitaria ha adoptado una interpretación muy restrictiva de esta excepción, admitiéndola, por ejemplo, respecto del trabajo de las matronas<sup>3</sup>, de policía en determinados casos<sup>4</sup> y de vigilante de instituciones penitenciarias<sup>5</sup>.

Apropiándose del lenguaje comunitario que se viene de recordar, el párrafo primero del art. 22 bis.2 LE dispone - abriendo una relación de concordancia normativa con la previsión establecida inmediatamente antes, en el párrafo segundo del art. 22 bis.1 - que, “en particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito esencial y determinante de la actividad a desarrollar”. Aun cuando el precepto haya hecho suya solo una parte de la regla comunitaria, no me parece discutible que, para la consideración de una oferta de colocación como no discriminatoria por razón de género, no basta que la referencia al sexo constituya un requisito profesional *esencial y determinante*. Es de todo punto imprescindible, como ordena ahora la directiva 2006/54/CEE y mandataban antes las directivas precedentes, que el objetivo sea legítimo y la exigencia proporcionada, atributos estos apreciables, sin sombra de discusión, en los restrictivos y ya mencionados supuestos en los que la jurisprudencia europea admitió el juego de la excepción a la aplicación del principio de paridad de trato entre mujeres y hombres en el acceso al empleo, incluida la formación pertinente.

El art. 22 bis.2, tras enunciar en su párrafo primero la regla general reguladora de la prohibición de discriminación por razón de género en materia de ofertas de colocación, establece una nueva previsión, cuya lógica jurídica es dotar de concreción o desarrollo a esa regla general respecto de una concreta circunstancia o característica laboral que pudiera presentarse en las ofertas de empleo emitidas. El párrafo segundo de dicho precepto legal, en efecto, dispone que, “en todo caso se

---

Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, en la versión aportada por la Directiva 2002/73/CE. El texto originario sólo aludía exclusivamente al requisito “determinante”, incorporándose la expresión “esencial”, muy probablemente por influencia de la ley italiana 125/1991.

<sup>3</sup> Sentencia de 8 de noviembre de 1983, *Comission c. Royaume Uni et Irlande du Nord*, asunto 165/82, Rec., 3431

<sup>4</sup> Sentencia de 15 de mayo de 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, asunto 222/84, Rep. 1986, 2101.

<sup>5</sup> Sentencia de 30 de junio de 1988, *Comission c. France*, asunto 318/86, Rep. 1988, 3559. Un asunto muy parecido fue el enjuiciado por la jurisprudencia norteamericana en la sentencia *Dothard v. Rawlinson* y por la jurisprudencia canadiense, en el asunto *Weatherall v. Canada* (Vid. Martín 2006, 89-90).

considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”.

En una primera impresión pudiera pensarse que el pasaje legal transcrito está instituyendo una presunción *iuris et de iure* sobre el carácter discriminatorio de cualquier oferta de empleo que utilice el esfuerzo físico, masculino o femenino, como criterio definidor del puesto de trabajo. La utilización del giro gramatical “en todo caso”, en sí mismo valorado y enjuiciado, adicionalmente, en conexión con la regla general formulada en el párrafo inmediatamente anterior de ese mismo pasaje, así parece sugerirlo. No es ésta, sin embargo, la única inteligencia del artículo a examen; ni tampoco es, a mi juicio, la más fundada.

La consideración del esfuerzo físico como un elemento de carácter discriminatorio por razón de género en el más amplio campo de las condiciones reguladoras del trabajo ha sido objeto de atención por la jurisprudencia. En primer lugar, por la jurisprudencia comunitaria que, en la sentencia de 1 de julio de 1986 (sentencia *Rumler c. Dato Druck*<sup>6</sup>), calificó como discriminatoria una diferencia de retribución basada en el esfuerzo muscular y en el criterio físicamente penoso del trabajo<sup>7</sup>. Y adicionalmente, por nuestra jurisprudencia constitucional que, durante los años intermedios de la década de los 90 del siglo pasado, hubo de pronunciarse en reiteradas ocasiones sobre la naturaleza discriminatoria o no de la utilización del esfuerzo físico como elemento de diferenciación retributivo o de clasificación profesional<sup>8</sup>. Pero, muy probablemente, ha sido la sentencia TC 250/2000, de 30 de octubre, la que, sobre la base de los pronunciamientos precedentes, establece la doctrina aplicable al tema que ahora aquí importa.

Dijo en esta ocasión nuestro Intérprete Supremo de la Constitución, invocando de manera expresa las anteriores resoluciones, que es doctrina constante, al margen de los matices propios de cada caso, “la del carácter sospechoso del factor esfuerzo como criterio único de valoración, por lo que tiene de cualidad predominantemente masculina, que determina, en principio, que no se trate de un criterio de valoración sexualmente neutral, sino que implica una ventaja injustificada para los varones, admitiendo, no obstante, aunque con carácter muy restrictivo, su posible operabilidad, supeditada a la doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate, y de que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos” (FJ 3).

---

<sup>6</sup> Asunto 237/85, Rep. 1986, 2101.

<sup>7</sup> Embalaje de unos paquetes de más de 20 kilogramos en el sector de la imprenta.

<sup>8</sup> Vid. sentencias TC: 145/1991, de 1 de junio; 58/1994, de 28 de febrero; 286/1994, de 27 de octubre; 147/1995, de 6 de octubre y 198/1996, de 3 de diciembre.

A mi juicio, la doctrina constitucional expuesta constituye un obligado canon de interpretación de la regla establecida en el párrafo segundo del art. 22 bis.2 LE. En consecuencia, la presencia del esfuerzo físico como característica del puesto de trabajo ofertado habrá de calificarse como discriminatoria, salvo que concurren la doble condición de que, de un lado, ese factor sea un elemento “esencial y determinante” de las funciones a realizar y, de otro, el esfuerzo no sea el único criterio de valoración de las tareas a prestar. En otras palabras, la regla ahora a examen formula una presunción *iuris tantum* de discriminación, cuyos elementos probatorios en contrario son reducidos y han de aplicarse con criterios restrictivos

## 5. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Alexy, Robert (2001): *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid (CEPS)
- Bobbio, Norberto (1993): *Teoría general del Derecho*, Madrid (Debate)
- Dworkin, Ronald (1986): *Los derechos en serio*, Barcelona (Ariel)
- Martin, Denis (2006): *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles (Ed. Bruylant)
- Martín Valverde, Antonio (2002): “Principios y reglas en el Derecho del Trabajo: planteamiento teórico y algunos ejemplos”, REDT núm. 114, pp. 815-840
- Pérez del Río, Teresa *et al* (1993): *Discriminación e igualdad en la negociación colectiva*, Madrid (Publicaciones del Instituto de la Mujer)
- Rey Martínez, Fernando (2000): “El principio de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo”, Diario La Ley, núm. 4984, 3 de febrero, pp. 1-8
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel/Fernández López, María Fernanda (1986): *Igualdad y discriminación*, Madrid (Tecnos)
- Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel/Fernández López, María Fernanda (2008): “La igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley”, en Casas Baamonde, M.E./Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., *Comentarios a la Constitución española*, Madrid (Fundación Wolter Kluwer), pp. 276-291
- Sierra Hernáinz, Elisa (1999): *Acción positiva y empleo de la Mujer*, Madrid (CES)

- Treu, Tiziano (1989): “Parità retributiva e comparable worth: un raffronto Europa-USA”, en *Comparable worth e segregazione del lavoro femminile*, Quaderni di Economia del Lavoro, núm. 29, pp. 38-54
- Valdés Dal-Ré, Fernando (2012): “Los principios básicos de la intermediación laboral y la no discriminación en el acceso al empleo”, en Valdés Dal-Ré, F./Sobrino González, G. (Dirts), *Comentarios a la Ley de Empleo*, Madrid (Ed. La Ley) 2012, pp. 365- 396



# **DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DISCRIMINACIÓN DE LA MUJER EN EL TRABAJO**

JESÚS CRUZ VILLALÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Sevilla*

“Se hace necesaria una revisión a fondo de la posición socio-jurídica de la mujer, de trabajadores y trabajadoras en general, de los roles atribuidos a cada cual, en cuya distribución desigual radica la desigualdad jurídica en todos los campos y, desde luego, más acentuadamente en el laboral”

Teresa Pérez del Río<sup>1</sup>

## ÍNDICE

1. El reto de construcción de criterios genéricos frente a la diversidad de situaciones
2. La singular afectación a la mujer en el trabajo
3. El alcance e incidencia del derecho a la propia imagen en el ámbito laboral
4. La especial dificultad de la vertiente positiva de la propia imagen en la diferencia por sexo

---

<sup>1</sup> El principio de igualdad: no discriminación por razón de sexo en el Derecho del Trabajo, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid 1984, pg. 21.

## **1. EL RETO DE CONSTRUCCIÓN DE CRITERIOS GENÉRICOS FRENTE A LA DIVERSIDAD DE SITUACIONES**

Todas las situaciones relacionadas con la indumentaria y apariencia del trabajador en el cumplimiento de su prestación de servicios se presentan como una materia eminentemente escurridiza, en la que la complejidad de la materia desde muy diversas perspectivas proporciona una notable dificultad para llegar a conclusiones cerradas y que permitan generalizaciones para trasladar a supuestos que en el futuro se puedan presentar. Se trata de una materia llena de matices grises, donde las afirmaciones rotundas para ser verdaderamente rigurosos inmediatamente conducen a imaginar circunstancias particulares que requieren de aclaraciones, cuando no de precisiones de excepción.

Al mismo tiempo, a pesar de que no suele figurar hoy en día entre los debates más candentes en el ámbito de lo laboral, sin embargo se manifiesta una indiscutible trascendencia de la materia, por su afectación a principios jurídicos y derechos de primer orden implicados en la materia, donde el régimen jurídico presenta enormes interrogantes interpretativos, cuando no palmarias lagunas de regulación.

Para empezar, mientras que en el pasado la uniformidad en todos los aspectos de la vida comportaba una nítida identidad en el aspecto y la forma de vestir en el seno de la empresa, con clara identificación según grupos profesionales, hoy en día prima la diversidad. Las formas tanto de vestir y como los valores culturales respecto del modo de presentarse en sociedad el ciudadano/trabajador por lo que refieren a la apariencia personal se caracterizan hoy en día por una amplísima variedad de opciones, por mucho que las modas provoquen ciertas tendencias hacia la de uniformidad. Más aún la indumentaria y la apariencia vienen identificadas por cada sujeto como su propia singularidad y, en especial, como reflejo de formas de concebir la vida y las relaciones sociales, de modo que las opciones a estos efectos de cada uno se convierten en factor clave de la propia personalidad individual, de sus valores sociales, culturales, incluso con notable conexión a los propiamente ideológicos, incluso religiosos.

Del mismo modo, esa diversidad cultural hoy en día imperante, rompe moldes decisivos en esta materia. Una determinada indumentaria y apariencia que en el pasado era considerada signo de status profesional y social, hoy en día ha dejado de serlo, incluso se valora de manera inversa a como se hacía en el pasado; por ejemplo, mientras que en el pasado los elementos de indumentaria y apariencia más exigentes se identificaban con los empleados de niveles y responsabilidades profesionales superiores, en ciertas empresas el canon varía exigiéndose mayor rigurosidad en ciertos aspectos a quienes —aunque desempeñan tareas inferiores— se encuentran en mayor contacto con el público y representan de forma más inmediata la imagen empresarial. Al propio tiempo, estos cambios sociales en estos mo-

mentos son mucho más rápidos que en el pasado, siendo muy probable que sigan evolucionando de modo difícilmente previsible y a un elevado ritmo de cambio: lo que hoy en día se considera normal no lo será tanto en el futuro, del mismo modo que lo que hoy se puede considerar como inadmisibile tampoco lo sea tanto pasado un tiempo.

Frente a ello, tampoco cabe una respuesta universal a los interrogantes que se presentan a estos efectos, porque las características de cada empresa y el tipo de clientes de las mismas son diferentes; de igual forma, el tipo de trabajo que cada uno realiza en la empresa también marca diferencias a estos efectos, lo que influye igualmente, de modo que la respuesta puede no ser la misma en cada caso. Mientras que en el pasado la uniformidad en la indumentaria y en la apariencia se encontraba perfectamente prefijada en atención no tanto a lo decidido por el empleador sino a los usos y costumbres sociales imperantes, hoy en día no resulta tan fácil afirmar cuáles son estos; o bien los mismos son opuestos y contrarios según empresas, actividades o en el medio en el que se desenvuelven. Ello provoca incluso que la indumentaria exigida en una determinada actividad provocaría rechazo total en otra; por ejemplo, se rechazaría por completo que un empleado acudiese hoy en día con chaqueta y corbata en una tienda de ropa deportiva; o bien que no es lo mismo un restaurante clásico que otro en un lugar de vacaciones en la playa.

Desde el punto de vista de los condicionamientos que se imponen en esta materia no es lo mismo una simple intervención en negativo, a través de la cual se marcan prohibiciones del modo cómo no se debe acudir al trabajo, que indicar en positivo cómo se debe uno presentar con exactitud. A su vez las motivaciones que pueden determinar o justificar el interés de la empresa pueden ser bien diversas y de intensidad igualmente variada, aunque el contraste en una sociedad postindustrial resulta mucho más patente que en el pasado: en una sociedad de servicios, donde en la mayoría de las actividades económicas lo decisivo es el cómo se atiende al consumidor y usuario, la imagen de la empresa resulta decisiva y ésta se exterioriza y se presenta en gran medida a través de la presencia de sus trabajadores.

Todo lo anterior, desemboca en muchos casos en una primera conclusión por parte de algunos autores que han tratado la materia, que, a mi juicio, debe rechazarse rotundamente. Me refiero a quienes, a la vista de la diversidad de situaciones imaginables y de los cambios que se producen con el paso del tiempo, arrancan afirmando que en esta materia no es posible establecer reglas generales, en términos tales que debe responderse de manera puntual en cada caso concreto, tomando en consideración las circunstancias particulares que concurran en cada situación. Desde esta perspectiva, el análisis deviene enormemente casuístico, con recurrente mención a supuestos emblemáticos que se han presentado en la práctica, quedándose en el terreno superficial de indicar cuál ha sido la respuesta dada

en ese concreto caso, pero sin aventurarse a establecer conclusiones al respecto extensibles a supuestos similares de futuro. Dicho de otro modo, desde la perspectiva del análisis jurídico de esta materia, el centro de atención es el del típico análisis jurisprudencial, sobre el método del caso con toda la riqueza de variantes que el mismo presenta, pero sin capacidad de efectuar una construcción de principios generales al respecto. Siendo a estas alturas muchos los estudios doctrinales existentes entre nosotros, prácticamente todos ellos tienen como referente principal de sus respectivos trabajos las sentencias dictadas al efecto, siendo, por tanto, el método del comentario jurisprudencial el más extendido en la materia, que condiciona notablemente las conclusiones a las que se llegan, sin con ello pretender desmerecer la valía, calidad y aportaciones de los mismos<sup>2</sup>.

Es más, esa construcción dogmática realizada a partir de la jurisprudencia dictada al efecto presenta la enorme dificultad añadida de que el número de pronun-

---

<sup>2</sup> Cfr., entre otros, M. C. Aguilar Martín, Vulneración del derecho a la imagen por la extralimitación del poder de dirección empresarial, en AA. VV., Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral, XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ed. Cinca, Madrid 2014. B. Agra Viforcós, El derecho del trabajador a la libre determinación de su aspecto externo: la propia imagen en sentido positivo; Revista de Trabajo y Seguridad Social nº 275 (2006); P. Aramendi Sánchez, Con falda... ¿se trabaja mejor?, Aranzadi Social 18 (2008); A. Álvarez del Cuvillo, Marco teórico para la solución de conflictos jurídicos relativos al aspecto del trabajador y la discriminación, en AA. VV., Los derechos fundamentales..., op. cit.; I. Ballester Pastor, Facultades de control empresarial sobre el aspecto exterior del trabajador. Límites a la expresión del derecho a su propia imagen en el desarrollo de la prestación laboral, Tribuna Social nº 169 (2005); A. Cámara Botía, La libertad de vestir del trabajador, Aranzadi Social nº 6 (20013); del mismo autor, Uniformidad de los trabajadores: diferencia o discriminación, en AA. VV., Los derechos fundamentales..., op. cit.; J. García Ortega, La protección del derecho a la imagen en el ámbito de las relaciones laborales, en AA. VV. (J. R. de Verda y Beamonde), Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ed. Aranzadi, 2007; E. González Biedma, La apariencia física del trabajador y el contrato de trabajo: una aproximación problemática, en AA. VV. Estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Madrid 2006; S. González Ortega, Una cuestión de faldas, Aranzadi Social nº 4 (2011); M. Llano Sánchez, Derecho a la propia imagen y apariencia externa del trabajador, en AA. VV. (García Murcia coord.), Derechos del trabajador y libertad de empresa, Navarra 2013; E. Martínez López, El uso de falda impuesto por RENFE a las trabajadoras de determinados servicios del AVE ¿forma parte del poder de dirección y organización de esta empresa?, Aranzadi Social 82/2001; F. Pérez de los Cobos Orihuel, Sobre el derecho a la propia imagen, Poder Judicial nº 10 (1988); I. A. Rodríguez Cardo, Poder de dirección empresarial y esfera personal del trabajador, Oviedo 2009; del mismo autor, Reglas de uniformidad diferentes en función del sexo: de faldas, pantalones y otras prendas de vestir, Aranzadi Social 2/2009; J. M. San Cristóbal Villanueva, El control del empresario sobre la apariencia física del trabajador, Revista del Poder Judicial nº 92 (2011). J. Torrents Margalaef, Las limitaciones al ejercicio del derecho activo a la propia imagen del trabajador, en AA. VV., Los derechos fundamentales..., op. cit.; F. de Vicente Pachés, El derecho a la libre apariencia física-estética en las relaciones de trabajo: una aproximación desde una perspectiva de sexo-género, en AA. VV. Los derechos fundamentales..., op. cit. A. Villalba Sánchez, Derechos fundamentales inespecíficos como límite al poder de dirección del empresario: cuestiones relativas a la imagen del trabajador, en AA. VV., Los derechos fundamentales..., op. cit.

ciamientos dictados sobre la materia en nuestro país es notablemente reducido, centrados, por tanto, en casos muy particulares, que no logran dar respuesta al amplio abanico de interrogantes jurídicos planteados en la materia. En efecto, por lo que se refiere al Tribunal Constitucional y relativo a la apariencia del trabajador nos encontramos tan sólo con una sentencia<sup>3</sup> y sobre algún otro elemento adicional relacionado con la propia imagen otra concreta sentencia<sup>4</sup>, número de todo punto insuficiente como para poder reflexionar con un mínimo de riqueza argumental los pronunciamientos constitucionales; especialmente poco útiles resultan tales sentencias desde la perspectiva de género, que pretende ser el enfoque de este trabajo, por cuanto que ninguna de ellas toma en consideración tal vertiente del asunto. Igualmente escasas son las sentencia dictadas por el Tribunal Supremo, pues directas sobre la materia apenas hay dos, aunque ahora sí relacionadas con el tratamiento diferenciado de la mujer en el trabajo, ambas concentradas en un específico asunto como es el relativo a la obligación del uso de la falda en el trabajo, por añadidura con pronunciamientos opuestos por mucho que se haya pretendido presentar como referente a supuestos distintos<sup>5</sup>. Ciertamente se identifica un número superior de sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, pero siempre resulta arriesgado llevar a cabo construcciones doctrinales entre nosotros acudiendo a pronunciamientos que no poseen el valor jurisprudencial propio de los Tribunales precedentes<sup>6</sup>. A mayor abundamiento, ante la indiscutible complejidad de la materia, las resoluciones judiciales dictadas hasta el momento presente en muchas ocasiones eluden afrontar de manera directa el asunto en cuestión, procurando resolverlo por vías indirectas, a través de aspectos más formales o de procedimiento, incluso en ocasiones con afirmaciones de principio que no se ven acompañadas del argumento jurídico correspondiente, de modo que tienen en igual medida una utilidad limitada desde la perspectiva con la que se debe afrontar esta materia.

Frente a ello, habría que comenzar indicando que, una fórmula muy propia de la cultura jurídica anglosajona, no es fácilmente trasladable al método de argumentación jurídica propio de los ordenamientos continentales, entre los cuales se encuentra el nuestro. Baste a estos efectos resaltar el valor jurídico secundario que posee la apelación al precedente judicial, mientras que como contraste destaca la trascendencia que en nuestro ordenamiento jurídico se le otorga al valor de la seguridad jurídica, que resulta de todo punto opuesto al mero trabajo casuístico y tra-

---

<sup>3</sup> STC 170/1987, de 30 de octubre.

<sup>4</sup> STC 99/1994, de 11 de abril.

<sup>5</sup> STS 23 de enero de 2001, RJ 2063; STS 19 de abril de 2011, RJ 2309.

<sup>6</sup> Por todas, SSTSJ, Cantabria, 17 agosto 2000, AS 3145; País Vasco, 16 enero 2001, AS 956; Madrid 18 abril 2001, AS 2341; Andalucía/Granada, 13 noviembre 2001; Canarias/Las Palmas, 20 diciembre 2001, AS 159624; Madrid 18 de julio de 2001, AS 3874; Madrid 7 de mayo de 2002, AS 2042; Galicia, 27 de junio de 2002, AS 3521; La Rioja 25 de abril de 2003, JUR 228623; Madrid 15 octubre 2007; Cataluña, 23 julio 2008, AS 2096; Madrid, 3 de junio de 2015, JUR 178812.

bajar sobre esa premisa de que no resulta posible en esta materia la construcción de criterios generales. Dicho de otro modo, la construcción de criterios generales es una exigencia y un imperativo ineludible del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE). Una seguridad jurídica que constituye un valor de primer orden tanto para los intereses de los trabajadores como de los empresarios. Ni los trabajadores se pueden desenvolver en su actuación cotidiana de modo que disfruten de la garantía de sus derechos constitucionales en esta materia sin la certeza de qué tipo de órdenes pueden desobedecer respecto del derecho a la propia imagen en relación con su indumentaria y apariencia, ni los empresarios pueden asumir el riesgo de la inseguridad respecto de cuál es el margen del ejercicio de sus poderes directivos en esta materia.

Por lo demás, en el ordenamiento vigente existen elementos positivos suficientes para construir tales criterios generales, aun cuando sea preciso un proceso argumentativo complejo y coherente al efecto. Especialmente cuando, como veremos a continuación, en esta materia confluye la garantía de derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidos, incluida la tutela antidiscriminatoria, por lo que no es aceptable partir de esas afirmaciones de relativización de la materia por la vía de la casuística que impide la construcción de criterios generales. En suma, con todas las cautelas necesarias de los matices obligados en esta materia, vamos a intentar llevar a cabo en este trabajo ese esfuerzo de construcción de criterios generales o de principios informadores de interpretación a los efectos de lograr aportar unas conclusiones razonables, que, a la postre, aporten el imprescindible margen de seguridad jurídica al efecto.

## **2. LA SINGULAR AFECTACIÓN A LA MUJER EN EL TRABAJO**

La normativa de referencia en esta materia, por mucho que inicialmente se pueda concentrar en una específica institución, presenta indudables ramificaciones que provocan una necesaria toma en consideración de otras regulaciones colindantes o de aplicación complementaria. Si nos centramos exclusivamente en la perspectiva constitucional, no cabe la menor duda de que el referente normativo por excelencia es el art. 18 CE, donde expresamente se garantiza el derecho a la propia imagen, precepto desarrollado con carácter general por medio de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen<sup>7</sup>, sin encontrarnos ninguna mención ni desarrollo específicos por parte de la legislación laboral. Eso sí, como indicamos, el derecho a la propia imagen puede verse afectado por otros derechos o principios jurídicos constitucionales propios; sin entrar en mayores detalles ni argumentaciones, resulta de obli-

---

<sup>7</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (BOE 14 de mayo).

gada toma en consideración el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE), el principio de igualdad y la prohibición de tratamiento discriminatorio (art. 14), la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE), el derecho al honor, así como a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), el derecho de información y expresión (art. 20), incluida la libertad sindical en su vertiente de derecho de acción sindical (art. 28).

Ahora bien, en el marco en el que se elabora el presente ensayo y por voluntad de ofrecer una perspectiva que prácticamente no se ha explorado hasta el momento presente dentro de la doctrina laboral española, hemos optado por orientar este estudio desde la perspectiva precisa de la incidencia que pueden tener las presuntas lesiones al derecho a la propia imagen desde la perspectiva de género. Por tanto, desde el punto de vista jurídico constitucional lo que se pretende realizar es una lectura integrada del derecho a la propia imagen (art. 18 CE) junto con la posible afectación a la prohibición de discriminación por razón de género (art. 14 CE). En particular, se pretende establecer el puente de conexión entre ambos preceptos, en la medida en que puede suceder que en ocasiones las políticas de gestión de personal por parte de las empresas hagan uso de sus facultades de contratación, de organización, de control, así como disciplinarias y de extinción contractual conectadas con la indumentaria o apariencia de las trabajadoras, por tanto, con un sesgo de tratamiento diferenciado según que se trate de hombres o mujeres. Dicho de otro modo, se trata de explorar en qué medida esas políticas de gestión de personal diferenciadas por razón de género pueden llegar a comportar una discriminación indirecta, como tales lesivas del art. 14 CE, al mismo tiempo que indebidamente restrictivas del derecho constitucional a la propia imagen, como tales contrarias al art. 18 CE. Desde esta concreta vertiente, no cabe la menor duda de que aquí, en muchas ocasiones, se manifiesta de manera más inmediata la incidencia de los estereotipos de género sobre el tratamiento específico que reciben las mujeres en el trabajo, lo que se articula de manera directa en unas más intensas exigencias a la mujer en cuanto a su presencia en el trabajo, con mayor tolerancia o falta de atención respecto de idéntico comportamiento respecto de los hombres. Se trata, en esencia, de aplicar la ya bien consolidada legislación y regulación relativa a las conductas de discriminación indirecta aplicadas al caso concreto de la indumentaria y apariencia de las mujeres en el trabajo.

En un principio, la materia podría abordarse exclusivamente desde la perspectiva de la prohibición de tratamiento discriminatorio, en su específica vertiente de la discriminación indirecta, sin necesidad de toma en consideración del impacto que tales conductas puedan tener sobre el derecho a la propia imagen. La propia técnica de análisis jurídico y, especialmente, de argumentación jurisprudencial propiciaría esta forma aislada e independiente de tratamiento de la afectación a la prohibición de discriminación contemplada en el art. 14 CE. La circunstancia de que a estas alturas se encuentra notablemente perfeccionada y fuertemente conso-

lidada la construcción dogmática, el entramado jurídico-positivo y la jurisprudencia constitucional y ordinaria en materia de discriminación, con particular atención a la discriminación indirecta por razón de género y las sanciones efectivas contempladas frente a las conductas inconstitucionales detectadas al efecto, puede proporcionar instrumentos plenamente eficaces en esta materia y, por ende, podría pensarse que autosuficientes como para resolver todos los asuntos que se pudieran presentar en esta vertiente. Dicho en sentido negativo, con ese perfeccionamiento y solidez de la institución de la discriminación indirecta por razón de género se podría pensar que resulta innecesario abordar la perspectiva relativa al derecho propia imagen, que aportaría bien poco desde la perspectiva práctica de resolución de los conflictos que surgen en este concreto enfoque.

En efecto, cuando el Tribunal Constitucional vía recurso de amparo y, por extensión, los Tribunales ordinarios, proceden a la resolución de una impugnación basada en un incumplimiento múltiple de variados preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales y libertades públicas, lo llevan a cabo analizando por separado y de manera sucesiva de cada uno de los preceptos fundamento del recurso: deberán enjuiciarse por separado esas pretensiones, examinando respecto de cada derecho si ha existido una intromisión en su contenido<sup>8</sup>. Este método de análisis, por añadidura, nos permitiría acometer el asunto desde la construcción doctrinal más sólida y acabada de la discriminación indirecta, eludiendo el mucho menos concreto y completo entendimiento del alcance y contornos del derecho a la propia imagen en el ámbito de lo laboral.

Sin embargo, la plena riqueza jurídica de esta materia deriva precisamente del entrecruzamiento de principios y derechos constitucionales, del que debe derivar una comprensión más completa de estas conductas cuando simultáneamente afectan a una discriminación indirecta y a un derecho fundamental inespecífico como es el correspondiente a la propia imagen.

De una parte, los asuntos relacionados con la propia imagen presentan dosis mayores de complejidad cuando las diferencias de tratamiento afectan a los aspectos relacionados con la indumentaria y apariencia de la mujer, lo que obliga a tratar ambas perspectivas (discriminación y propia imagen) de manera integrada; se trata de elementos de complejidad que ya hemos apuntado en el primer apartado y lo desarrollaremos inmediatamente en clave más jurídica.

De otra parte, sin poder desconocer que al final en un pronunciamiento de los Tribunales no se puede eludir la técnica del análisis separado e individualizado de la posible lesión a cada concreto mandato o derecho constitucional, tampoco puede

---

<sup>8</sup> Por todas, STC 156/2001, de 2 de julio.

minusvalorarse la trascendencia de la perspectiva de conjunto; en particular, que resulta mucho más relevante que una determinada conducta contenga un tratamiento pluriofensivo desde el punto de vista objetivo, al comportar una lesión múltiple a varios principios y derechos tutelados constitucionalmente con el rango de fundamentales. El plus de daño al ordenamiento jurídico que comporta tal pluriofensividad debe ponderarse en la valoración jurídica de tales conductas y, por tanto, es coherente ser más rigurosos en las reacciones que corresponden ante tal tipo de conductas pluriofensivas. Más aún, como intentaremos argumentar, la carga probatoria debe jugar de modo diferente en estos supuestos.

Y, precisamente, tal ocurre en las situaciones que pretendemos analizar en estos casos, en los que a la posible concurrencia de una discriminación indirecta por razón de género, se adiciona el hecho en modo alguno irrelevante de que tal conducta se materializa con afectación al derecho a la propia imagen, en este caso de la mujer trabajadora. Es una perspectiva que da pleno sentido y permite una mejor comprensión de la significación del fenómeno hoy en día, especialmente de la trascendencia de la posible lesión derivada de este tipo de conductas que, sobre tratamientos diferenciales peyorativos incide negativamente sobre la mujer como grupo social tradicionalmente discriminado en el trabajo. Especialmente, es la que permite sacar a la luz que se trata de aspectos relacionados con la imagen de la mujer en el trabajo y que, por tanto, adquieren una especial relevancia y singularidad. Esa orientación en el análisis es justamente la que permite destacar el alcance de la posible lesión y, en particular, que no se trata de aspectos de orden secundario, de, por expresarnos con cierta simplicidad, meros “caprichos” de la mujer en el trabajo respecto de la indumentaria y apariencia con la que pretende ejercer su actividad profesional. En concreto, es el modo de hacer hincapié en que con dichas diferencias de tratamiento discriminatorias se afecta al desarrollo de la personalidad de la trabajadora, a su propia dignidad, por cuanto que éste es tradicionalmente el primer engarce de fundamento constitucional que se realiza respecto del derecho a la propia imagen, tanto por parte de la doctrina como por parte de la jurisprudencia.

Eso sí, a poco que uno se adentra en este ámbito, advierte inmediatamente las dificultades que presenta la delimitación y configuración jurídica del derecho constitucional a la propia imagen, mucho más cuando ello se analiza desde la perspectiva de las relaciones laborales.

### **3. EL ALCANCE E INCIDENCIA DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN EL ÁMBITO LABORAL**

El derecho a la propia imagen presenta como primera dificultad el hecho de que el mismo no suele recogerse en las Constituciones de nuestro entorno jurídico cultural ni en las declaraciones internacionales de derechos fundamentales; que in-

cluso en nuestro texto constitucional no se encontraba recogida en sus anteproyecto inicial, siendo resultado de la aceptación de alguna enmienda con escaso desarrollo expreso en su argumentación<sup>9</sup>.

Pero, sobre todo, el primer reto de trascendencia se verifica en la medida en que el reconocimiento de este derecho constitucional se ha construido esencialmente desde una perspectiva civilista, con las particularidades propias de esa rama del ordenamiento jurídico y, por ende, sin toma en consideración de las especialidades que presenta su traslación al ámbito de las relaciones laborales. Ello, esencialmente, obliga a superar tres importantes asuntos: uno relativo al ámbito objetivo del derecho, otro segundo relativo a la titularidad subjetiva del derecho y un tercero relacionado con la funcionalidad del consentimiento del interesado respecto a la limitación del derecho.

### **3.1. Ámbito objetivo del derecho a la propia imagen**

Lo relacionado con el ámbito objetivo se refiere al tipo de conductas acogidas, al contenido del derecho al derecho a la propia imagen. En gran medida ello se encuentra también estrechamente vinculado a la finalidad u orientación objeto de tutela a través de este derecho. Ante todo, ello conecta igualmente con el dato de que el reconocimiento en nuestro texto constitucional aparece sistemáticamente vinculado al derecho al honor así como al derecho a la intimidad personal y familiar, al extremo que a veces se entiende el derecho a la propia imagen como una mera proyección en lo concreto de la tutela de la esfera de privacidad del ciudadano, como una simple concreción del derecho a la intimidad que viene contemplado en el mismo precepto constitucional: “El derecho a la intimidad limita la intervención de otras personas y de los poderes públicos en la vida privada, intervención que en el derecho que ahora nos ocupa puede manifestarse tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado”<sup>10</sup>. Ello determina una lectura limitada del derecho a la propia imagen, que alcanza exclusivamente al elemento instrumental de la utilización de la imagen personal. Desde esta perspectiva, para la doctrina que ha estudiado tal derecho se concibe que la lesión deriva de actos de captación, reproducción o publicación de la imagen, lo sea en un sentido positivo de permisión de tales actos o en clave negativa de impedimento de los mismos<sup>11</sup>. Por ña-

---

<sup>9</sup> Por todos, A. Alegre Martínez, *El derecho a la propia imagen*, ed. Tecnos, Madrid 1997.

<sup>10</sup> STC 117/1994, de 25 de abril.

<sup>11</sup> Por todos, Alegre Martínez, *El derecho...*, op.cit., pgs. 23 ss.; J. R. de Verda y Beamonte, *El Derecho a la propia imagen*, en *Veinticinco años de aplicación...*, op. cit., pgs. 146 ss. A. Azurmendi Adarraga, *El derecho a la propia imagen: su identidad u aproximación al derecho a la información*, ed. Civitas, Madrid 1997. J. M. Ceballos Delgado, *Aspectos generales del derecho a la propia imagen*, *Revista la Propiedad Inmaterial*, nº 15 (2011), pgs. 68 ss.

didura, esa perspectiva reductiva es en esencia la recogida en la Ley Orgánica de desarrollo en nuestro ordenamiento del derecho fundamental reconocido en el art. 18 CE. No obstante, inmediatamente a continuación debe llamarse la atención del hecho de que dicha norma no contiene referencia alguna a la vertiente laboral del ejercicio de tal derecho, incluso ello queda patente no sólo por el contenido de las facultades reguladas en la norma, sino por su propia denominación, pues la misma lleva expresamente por título “de protección civil del derecho”, aparte de integrar en la misma norma los tres derechos previstos en el mismo apartado constitucional: honor, intimidad personal y propia imagen.

Con ser importante tal vertiente del derecho a la propia imagen en el ámbito de lo laboral, habiendo sido un aspecto relevante en algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional, el mismo no agota la riqueza de la materia en el campo de las relaciones laborales<sup>12</sup>. Frente a lo anterior, resulta obligado destacar que el panorama se presenta mucho más amplio y diverso en cuanto a las conductas a tomar como referencia cuando nos adentramos en el trabajo asalariado. En efecto, la tutela de la propia imagen en el ámbito civil en la práctica totalidad de las ocasiones basta que quede circunscrita al uso público que otros pretendan realizar de la propia imagen, en la medida en que se presupone que cada individuo en su esfera personal tiene plena capacidad de autotutela de la libre decisión de su imagen tanto en lo que se refiere a su indumentaria como a su apariencia. Más allá de los condicionantes derivados de los usos y costumbres sociales, cada individuo en las relaciones públicas vestirá y se presentará en sociedad como mejor estime para exteriorizar su propia personalidad, sin que a priori sea imaginable que terceros públicos o privados puedan limitar o condicionar la libertad de optar por una presencia u otra en sociedad. Dejando al margen supuestos muy singulares, como la prohibición administrativa de transitar desnudo por la vía pública o bien prohibiciones de acceso a locales públicos con el burka por parte de mujeres de convicciones islámicas, en el resto de las situaciones no es concebible que se produzcan condicionamientos jurídicos en la indumentaria y apariencia externa de cada uno.

Por el contrario, en lo laboral se presenta como elemento adicional el hecho de que el empresario en el ejercicio de sus poderes organizativos puede limitar o incluso imponer el modo de vestir y la propia apariencia del trabajador, pudiendo condicionar notablemente con ello su apariencia externa; y lo puede hacer no sólo de manera directa durante la jornada laboral y en los locales de la empresa, sino de manera indirecta en la propia vida privada; por poner un simple ejemplo, si a una persona se le impide llevar un determinado largo del cabello en el trabajo, eso incide por necesidad en esa misma apariencia en los tiempos de ocio y en su vida privada, salvo uso de elementos artificiales. Por tal razón, la doctrina laboral tiende a

---

<sup>12</sup> STC 99/1994, de 11 de abril.

proponer una comprensión cualitativamente diversa de la vertiente positiva del derecho, que abarcaría esa posible ingerencia empresarial sobre la indumentaria y apariencia en el trabajo, más allá de la exclusiva vertiente negativa relativa a la captación, reproducción y publicidad de la imagen.

Teniendo presente que desde este punto de vista adquiere una indiscutible relevancia esta otra vertiente de la importante limitación al ejercicio del derecho a la propia imagen, ha de interpretarse que tal vertiente, cuando menos a efectos laborales, se integra dentro del derecho fundamental a la propia imagen. Algún valor propio y autónomo ha de atribuirse a la mención expresa en el texto constitucional al derecho a la propia imagen, diferenciado del derecho a la intimidad; de lo contrario, llegaríamos a la conclusión, nada lógica ni sistemática, de que el expreso reconocimiento del derecho a la propia imagen no añade nada al derecho a la intimidad, de modo que su presencia o ausencia del texto constitucional resultaría irrelevante, pues bastaría con el reconocimiento del derecho fundamental a la intimidad. Por ello, si algo añade precisamente la inserción en el texto constitucional del derecho a la propia imagen es que éste adquiere una entidad propia y cuando menos en parte diferenciada respecto del derecho a la intimidad, consistente precisamente en el ámbito de lo laboral en el derecho a la libre decisión respecto de la indumentaria y apariencia con la que voluntariamente se decida una presentar en sociedad, en nuestro caso, en el medio de trabajo. Más aún, insistiendo en esa trascendencia y en lo que presenta como genuina la propia imagen respecto del derecho a la intimidad, a nuestro juicio ha de interpretarse que desde la perspectiva laboral tal vertiente “positiva” forma parte del contenido esencial de tal derecho, sin perjuicio de que el mismo, como es obvio, no es en modo alguno absoluto, sino susceptible de limitaciones por razones objetivas, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, cabe llamar la atención sobre un elemento singular que se presenta en esta ocasión, en términos comparativos con lo que suele suceder respecto del resto de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de lo laboral: mientras que la incorporación del trabajador al seno de la empresa en régimen de subordinación provoca una modulación, adaptación, cuando no una real limitación, del ejercicio de tales derechos inespecíficos en lo laboral, en el caso concreto del derecho a la propia imagen inicialmente provoca, a la inversa, una ampliación o extensión, en la medida en que deviene relevante esta vertiente de la libre opción del trabajador respecto del modo como se presenta en la empresa en cuanto a indumentaria y apariencia, que condiciona de manera relevante los poderes directivos; naturalmente sin perjuicio de que también concurren el impacto inverso de la limitación de la propia imagen a resultados del ejercicio de los poderes directivos y la toma en consideración de los intereses empresariales atendidos por estos. El daño o perjuicio que puede provocarse a un trabajador en esta vertiente de la limitación o condicionamiento de su indumentaria y presencia llega a ser de tal gravedad e in-

cide palmariamente de manera negativa sobre el desarrollo de la personalidad, incluso el respeto a la dignidad del trabajador, que es de todo punto lógico y coherente entender que ello afecta al núcleo duro de protección del derecho fundamental a la propia imagen.

A mayor abundamiento, esta perspectiva deviene mucho más relevante cuando los posibles condicionantes a la propia imagen pueden implicar una conducta de discriminación indirecta por razón de género. Aquí, no cabe la menor duda de que se refuerza con mayor nitidez la afectación a la tutela constitucional; en particular, la tutela antidiscriminatoria otorga un plus de relevancia a esta vertiente “positiva” de la propia imagen, en la configuración de la misma efectuada por la doctrina laboral.

### **3.2. Titularidad subjetiva del derecho a la propia imagen**

El segundo elemento de dificultad se sitúa en la determinación de los sujetos que como titulares del derecho pueden reclamar para sí la tutela de su propia imagen por lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales.

Indiscutiblemente a estas alturas se encuentra plenamente consolidado y resulta pacífica la vinculación entre particulares de los derechos fundamentales y libertades públicos. A tenor de ello, puede considerarse como pacífico que en lo que afecta al trabajo subordinado, también los trabajadores gozan del derecho a la propia imagen y, como tal, debe quedar garantizado en su doble vertiente de tutela frente a su captación, grabación y reproducción, como en lo que refiere a la libre opción en la elección de indumentaria y apariencia. Naturalmente todo ello en el marco de la jurisprudencia constitucional relativa a la modulación, adaptación e incluso limitación en el trabajo subordinado a resultados de su necesaria compatibilidad con los intereses empresariales que fundamentan la atribución de los correspondientes poderes organizativos atribuidos legalmente al empleador. En nuestro caso concreto, en la perspectiva de género con la que pretendemos enfocar el presente trabajo, concluiríamos diciendo que también las mujeres en el trabajo se encuentran amparadas por el derecho a la propia imagen, que se vería reforzado en la medida en que su lesión se presentase como una conducta que manifestase una discriminación indirecta, aunque igualmente con los matices derivados de los condicionantes empresariales derivados de sus poderes organizativos.

Ahora bien, y más allá de lo anterior, en el caso concreto del derecho a la propia imagen emerge el interrogante no menor relativo a si también las personas jurídicas y, por ende, en nuestro caso, también las empresas son titulares del derecho a la propia imagen; y, derivado de lo anterior, cómo se resuelve un posible contraste entre el ejercicio del mismo derecho por parte de sujetos en conflicto a estos efectos: imagen del trabajador versus imagen de la empresa. El asunto se presenta

de una trascendencia central, dado que el principal argumento aducido por el empleador para exigir una determinada indumentaria o apariencia a sus trabajadores, en especial a las mujeres, sobre todo se cifra en que su presencia son la expresión por excelencia de la imagen de la empresa que se desea ofrecer al mercado de bienes y servicios y, por tanto, a la postre, la imagen del trabajador transmite al exterior la propia imagen de la empresa.

Una vez más, nos encontramos ante un asunto inicialmente no resuelto ni legal ni jurisprudencialmente. Legalmente no resuelto porque, aunque la Ley Orgánica de desarrollo del art. 18 CE, se refiere en exclusiva a las personas físicas como manifestación de un derecho del individuo, es una norma una vez más en clave civilista y no laboral, aparte de que podría haber realizado una lectura reduccionista del texto constitucional no acorde con el respecto al contenido esencial de este derecho. Jurisprudencialmente no resuelto porque, a resultas del número tan escaso de pronunciamientos al efecto, no existe jurisprudencia constitucional ni del Tribunal Supremo que aborde esta cuestión. En particular, habiéndose enfocado el asunto sólo desde la vertiente “negativa” del derecho, el control de su utilización externa, resulta prácticamente imposible imaginar una lesión desde esta vertiente “negativa” que pueda llegar a afectar a personas jurídicas. Dicho de otro modo, presentándose el problema de la titularidad empresarial del derecho a la propia imagen esencialmente vinculado a la vertiente “positiva” del derecho, el diseño y configuración de su imagen, no existe pronunciamiento judicial al efecto. Es cierto que algunos pronunciamientos de uno u otro modo toman nota de la consideración de la imagen de la empresa como justificante de la actuación del empleador en el ejercicio de sus poderes organizativos en este terreno, si bien no llegan a valorar el valor jurídico de los intereses empresariales en juego; en particular, ninguno de ellos llega a referir tal interés empresarial con el reconocimiento de este concreto derecho fundamental.

Al propio tiempo, esta cuestión presentaría un nuevo enfoque singular, diferenciado al habitual respecto del ejercicio del resto de los derechos fundamentales inespecíficos en lo laboral. En efecto, mientras que para la generalidad de los derechos fundamentales inespecíficos sus condicionamientos o límites provendría de su integración sistemática en conexión con la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE), aquí además nos enfrentaríamos a una tutela constitucional adicional, derivada del reconocimiento a la empresa del derecho a la propia imagen (art. 18 CE). Algunos han solventado con simplicidad esta cuestión, afirmando que al fin y al cabo, también el derecho a la propia imagen de la empresa se reconduce a la propia libertad de empresa y que, por tanto, sólo ha de enfocarse desde la perspectiva de la posible afectación de la libertad tutelada por el art. 38 CE. Sin dejar de ser ello parcialmente cierto, tal consideración no da cumplida respuesta al interrogante planteado, pues el expreso reconocimiento constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18 CE) obliga a dar respuesta a la pregunta formu-

lada, especialmente cuando el derecho a la propia imagen se integran dentro de la relación de derechos de protección más intensa en el texto constitucional, a la luz de su consideración como derecho fundamental y libertad pública dentro de la sección segunda, al mismo tiempo que su reconocimiento igualmente a la empresa lo pondría en contraste con el correlativo derecho del trabajador.

A estos efectos, cabría aducir que la empresa en el sentido conceptual del término es exclusivamente una organización y no propiamente una persona jurídica, de modo que en su caso quien gozaría del derecho a la propia imagen sería la sociedad mercantil titular de la organización, pero no la organización misma. A nuestro juicio, sin embargo, tal consideración se presentaría formalista en exceso, no haría sino trasladar el interrogante hacia la sociedad mercantil titular de la empresa.

Más aún, de ser ello así, tampoco soslayaríamos el interrogante cuando el titular de la empresa no es una persona jurídica sino una persona física. En efecto, el dilema no dejaría de suscitarse en aquellas situaciones, no menores, en las que el empleador fuese una persona física y, por tanto, de manera indiscutible tendríamos que reconocerle al mismo el mencionado derecho a la propia imagen. A tenor de esto último, el resultado no podría ser menos convincente en la práctica y de escaso sentido común, entendiéndose que la tutela de la imagen empresarial pudiera resultar diferenciada según que su titular fuese o no una persona física.

En esta materia, me parece decisiva la jurisprudencia constitucional que ha venido a reconocer también a las personas jurídicas tanto el derecho al honor como más ampliamente otra serie de derechos fundamentales. Es cierto que se trata de una jurisprudencia que ha ido evolucionando y, sobre todo, que no establece un criterio universal extensible a todos los derechos fundamentales ni parece llevarlo a cabo de manera plena sino instrumental o sobre la base de una lectura finalista<sup>13</sup>. En una primera fase el Tribunal hizo una lectura de vinculación del derecho al honor con el desarrollo de la personalidad que conducía a entender que se trataba de un derecho cuya titularidad sólo era referible a las personas físicas<sup>14</sup>. Más adelante, en una fase intermedia que se puede considerar de transición, llegó a considerar que procedía reconocer el derecho al honor de las personas físicas que actuaban colectivamente a través de personas jurídicas<sup>15</sup>. Finalmente, el Tribunal Constitucional llega a desembocar en un reconocimiento directo tanto del derecho al honor específicamente como de algunos otros, que se vendría a explicitar a través de tres su-

---

<sup>13</sup> Por todos, T. Vidal Marín, Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional, InDret, Revista para el análisis del Derecho nº 1 (2007), 397.

<sup>14</sup> STC 107/1988, de 8 de junio (BOE 25 de junio); 51/1989, de 22 de febrero (BOE 14 de marzo); 121/1989, de 3 de julio (BOE 24 de julio).

<sup>15</sup> STC 214/1991, de 11 de noviembre (BOE 17 de diciembre).

puestos básicos: primero, cuando el texto constitucional efectúa un reconocimiento explícito o implícito del correspondiente derecho en relación con las personas jurídicas (arts. 16. 22.4, 27 CE); en segundo lugar, el reconocimiento a favor de las personas jurídicas respecto de aquellos derechos fundamentales que sean acordes con los fines para cuya consecución han sido creadas por las personas físicas; en tercer lugar, el reconocimiento igualmente de la titularidad para las personas jurídicas de aquellos derechos fundamentales complementarios para la consecución de sus fines<sup>16</sup>.

Pues bien, trasladando los criterios precedentes al supuesto específico del derecho fundamental a la propia imagen, a nuestro juicio, no cabe la menor duda de que el empleador y, por extensión, la empresa, se encontrarían en el tercero de los supuestos, en la medida en que hoy en día nadie pondría en duda que la imagen de la empresa resulta clave para el logro de los fines económicos y productivos a los que se orienta la actividad empresarial. La defensa de la propia imagen empresarial, especialmente en la vertiente positiva de confección de su propia “marca”, resulta clave para la obtención del fin para el que se constituye la empresa y la persona jurídica titularidad de la misma, no existiendo argumento de contraste que impida engarzar esa noción de imagen empresarial con el derecho fundamental reconocido en el art. 18 CE.

Ahora bien, avanzando en el discurso aplicado a la concreta materia tratada en estos momentos, aquí de nuevo nos enfrentamos a una decisiva especialidad del reconocimiento de este derecho en el ámbito de las relaciones laborales, de evidente superior complejidad, en términos comparativos con lo que sucede en la vertiente civilista del derecho. En efecto, en la perspectiva civilista, se trataría de un reconocimiento de un derecho a las personas jurídicas como mera libertad “erga omnes”, que de simple respeto por parte de terceros en el sentido de no ingerencia en su derecho a la propia imagen. Por contraste, en el ámbito de las relaciones laborales, nos encontramos con una perspectiva que va más allá de lo anterior, por un doble motivo. De un lado, porque en lo laboral el reconocimiento no implica una carga de mera abstención de provocar una lesión a la propia imagen empresarial, sino que comporta una capacidad superior de actuación por parte del empleador en el ejercicio de sus poderes organizativos y, como contrapuesto, un deber de adecuación específico de la conducta del trabajador en aras de garantizar y materializar el derecho a la propia imagen de la empresa. De otro lado, cuestión aún más relevante si cabe, porque, a diferencia de lo civil, la garantía del derecho a la propia imagen de la empresa se materializa necesariamente por medio de la restricción del mismo derecho a la propia imagen del trabajador, en la medida en que la “marca” de la empresa se transmite a terceros en estos casos por medio de la in-

---

<sup>16</sup> STC 139/1995, de 26 de septiembre (BOE 14 de octubre).

dumentaria y la apariencia de sus empleados, especialmente de aquellos que actúen en contacto con clientes y proveedores, muy singularmente de las mujeres en el trabajo a la vista de los estereotipos sociales hoy en día todavía imperantes. En definitiva, para el ejercicio del derecho fundamental a la propia imagen del trabajador resulta decisivo el alcance que le otorguemos al correlativo derecho a la propia imagen de la empresa.

En esta clave el dilema resulta mucho más complejo y delicado, pues no resulta en modo alguno inocuo el reconocimiento empresarial del derecho fundamental desde la perspectiva del trabajador, que indiscutiblemente se ve mermado por el primero. Ello, a la vista de las conclusiones alcanzadas previamente, no puede suponer una negación del derecho a la propia imagen de la empresa, pero sí una ponderación del mismo en la medida en que necesariamente provoca un perjuicio al paralelo derecho a la propia imagen del trabajador en su vertiente positiva, que de igual modo no puede ser desconocido por el empleador. En definitiva, se trata de un problema de equilibrio de intereses, de ponderación y proporcionalidad de límites mutuos. Eso sí, tomando en consideración el carácter compensador propio del Derecho del Trabajo, con reconocimiento constitucional del mismo a tenor de lo previsto en el art. 9.2 CE y de la doctrina constitucional al efecto, no puede entenderse dicha ponderación y proporcionalidad como simple equidistancia e idéntica limitación del derecho por ambas partes. El principio de adecuación e idoneidad, orienta hacia una necesaria perspectiva de exigir en la medida de lo posible la satisfacción del derecho a la propia imagen de la empresa a través de aquellas fórmulas menos lesivas del derecho a la propia imagen del trabajador. Dicho de otro modo, en esta materia no puede entenderse que el reconocimiento al trabajador sea de igual alcance que el de la empresa, pues el primero conecta con el desarrollo de la personalidad y a su dignidad personal como ciudadano, hecho que no concurre en el caso de la propia imagen de la empresa. En suma, aunque partamos del reconocimiento del derecho a la propia imagen a favor de ambos, es de superior alcance y valor el de titularidad personal del trabajador respecto del correspondiente al empleador, por mucho que el segundo, en ocasiones, sólo sea viable en la medida en que se limite parcialmente el del trabajador.

Esta ausencia de equidistancia en el ejercicio del derecho por parte de uno y otro, así entendida, vendría reforzada aún más si cabe allí donde se introduzca un posible escenario añadido de que la conducta presuntamente lesiva, por añadidura, puede comportar también un tratamiento de discriminación indirecta respecto de la mujer trabajadora. En estos casos, ya no cabe aducir en modo alguno el derecho a la propia imagen de la empresa, pues nos encontraríamos de frente con la lesión a la prohibición constitucional de discriminación por razón de género. Ciertamente, como no podría ser de otro modo, ello no conduce a presumir “*iuris tantum*” que toda diferencia de tratamiento de la mujer respecto de su imagen comporta afectación a la prohibición de discriminación, pero sí que así será cuando el resultado le-

sivo derive en una estricta conducta discriminatoria. Lo intentaremos explicar con mayor detalle en el apartado siguiente.

### **3.3. La funcionalidad del consentimiento en el ámbito laboral**

El tercero de los asuntos de especialidad en lo que afecta a la propia imagen se cifraría en la funcionalidad del consentimiento del interesado respecto a la limitación del derecho. Aquí, una vez más, emerge el singular contexto en el que se desarrollan las relaciones laborales y la orientación tuitiva propia del ordenamiento laboral. En efecto, en la lectura civilista del presente derecho fundamental la clave se suele cifrar en el libre consentimiento del interesado en lo que refiere a la captación, reproducción o publicación de la imagen, de modo que la garantía del derecho se remite a asegurar la efectiva prestación del consentimiento; si se quiere dicho en sentido contrario, que el libre consentimiento del interesado en la utilización de la propia imagen agota en sí mismo el derecho y, por ende, el mismo no puede oponerse a los efectos de uso de su imagen derivados del consentimiento prestado.

Como es fácil imaginar, lo anterior no basta en materia laboral, a tenor del condicionamiento material que experimenta la voluntad del trabajador en la aceptación de restricciones a su derecho. En esta vertiente de lo laboral ya no sólo está en juego la decisiva prohibición de disposición de derechos laborales reconocidos legalmente al trabajador (art. 3.5 ET), sino su garantía constitucional cuando tales derechos tienen rango de fundamentales y libertades públicas, en la medida en que se encuentran acogidos a la garantía de la irrenunciabilidad de los derechos fundamentales; irrenunciabilidad de derechos fundamentales en esta materia que presenta un alcance superior en el caso del derecho a la propia imagen en la esfera laboral comparativamente a la que se presenta en la perspectiva civilista. En lo laboral, pues, no basta con que el trabajador a través del contrato de trabajo haya aceptado la utilización de su imagen a efectos laborales o se haya comprometido a aceptar determinados condicionamientos de indumentaria y apariencia en el seno de la empresa, como en cierto modo se aprecia se limitan a contemplar ciertas resoluciones judiciales<sup>17</sup>. Poe contra, en el análisis de las cuestión desde la perspectiva laboral resulta obligado acudir a una ponderación de fondo, en el sentido de comprobar hasta qué punto concurren circunstancias objetivas, de idoneidad y proporcionalidad que justifiquen la limitación pactada.

En la misma clave, aunque no se pueda colocar en el mismo nivel de afectación, también resulta obligado preguntarse por el alcance que en esta materia pueden tener los pactos que puedan alcanzarse a través de la negociación colectiva. Cier-

---

<sup>17</sup> Por todas, SSTSJ, Valencia, 29 mayo 1996, AS 1615; Cataluña, 13 octubre 1999, AS 3345; Cataluña, 23 julio 2008, AS 2096.

tamente no cabe establecer idénticas desconfianzas de lo pactado individualmente que a lo negociado colectivamente, a la vista de que las posiciones de equilibrio de las partes son cualitativamente bien diferentes. Eso sí, lo que tampoco cabe, como se advierte en algunos pronunciamientos judiciales es aceptar la imperatividad de lo pactado en convenio colectivo y la superación de cualquier tipo de sospecha de lesión al derecho fundamental a la propia imagen por el mero hecho de que el protocolo de actuación en materia de indumentaria y apariencia se encuentre incorporado al clausulado del convenio colectivo. Ciertamente que el Tribunal Constitucional ha aceptado que el convenio colectivo es un instrumento idóneo para regular las especificidades de los derechos laborales en el ámbito laboral, constituyendo por añadidura en algunas hipótesis un instrumento de enorme valor positivo a efectos de proporcionar seguridad jurídica a las partes respecto de las conductas lícitas e ilícitas a adoptar al efecto; baste con citar a estos efectos, a nuestro juicio no sin incurrir en ciertos excesos por parte de nuestro alto Tribunal, cuando otorga un valor decisivo al reconocimiento en convenio colectivo de la posibilidad de prohibir el uso privado del correo electrónico de la empresa y las facultades disciplinarias al efecto por parte del empleador<sup>18</sup>.

No obstante, ello no puede desembocar en lo que en ocasiones concluye nuestra jurisprudencia: a la vista de la complejidad de la materia de fondo, eludir entrar en esa perspectiva bajo la simple excusa formal de que se ha pactado en esos términos vía convenio colectivo, de lo que deriva una decisiva presunción de corrección legal de los límites allí establecidos al derecho a la propia imagen. A tal efecto, debe llamarse la atención sobre el dato nada anecdótico de que en la práctica cuando se recogen este tipo de pactos en los convenios colectivos, a través de los mismos se incorporan unos protocolos de actuación de tal minuciosidad en su concreción y con un enfoque esencialmente de atención exclusiva a la propia imagen de la empresa, que permiten una fundada sospecha de tratarse de un documento redactado unilateralmente a todos los efectos por la dirección de la empresa, que ponen a la mera firma de la representación social en la mesa de negociación colectiva, sin que se haya producido una auténtica negociación en esta materia.

Un derecho personalísimo como es este debe analizarse con toda la complejidad que el mismo incorpora, de modo que no basta con engancharse al dato formal de lo previsto en convenio colectivo. En definitiva, también a estos efectos es obligado entrar en un análisis material de fondo, para comprobar la objetividad, idoneidad y proporcionalidad de la medida, más allá de lo establecido con todo detalle en el convenio colectivo.

---

<sup>18</sup> STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE 7 de noviembre).

#### **4. LA ESPECIAL DIFICULTAD DE LA VERTIENTE POSITIVA DE LA PROPIA IMAGEN EN LA DIFERENCIA POR SEXO**

##### **4.1. La diferencia de tratamiento genérica y la presunción discriminatoria**

A partir de las consideraciones precedentes, cabe realizar a estas alturas las consideraciones pertinentes de conexión entre el derecho a la propia imagen en su vertiente “positiva” y la posible lesión a la prohibición de discriminación por razón de género, especialmente en relación con aquellas conductas que imponiendo condicionantes o limitaciones en la indumentaria y apariencia de la mujer trabajadora esconden una discriminación indirecta en razón precisamente de su condición de mujer. No al caso nos centramos en estas situaciones vinculadas a la mujer, por cuanto que no es nada casual que el número de supuestos de diferenciación de tratamiento entre hombres y mujeres suele ser bastante abundante, al menos así se deduce del significativo número de sentencias que se enfrentan a posibles discriminaciones de género en este tipo de aspectos.

Por añadidura, la detección de la discriminación en estos casos puede resultar especialmente compleja, en la medida en que no sólo se trata de sacar a la luz una discriminación indirecta que por propia definición tiende a presentarse oculta, sino además por cuanto que en la apariencia de la mujer siempre concurre una diferencia de partida.

En efecto, y por obvio que resulte, no está de más comenzar teniendo en cuenta que precisamente una de las diferencias más extendidas y destacadas entre hombres y mujeres reside en que unos y otros tanto por razones físicas como por motivos culturales de manera generalizada tienden a vestir de manera diferente, portan elementos de adorno diversos y por propia voluntad tienden a elegir una apariencia que los distinga a primera vista en atención a su sexo. Dicho de otro modo, la diferencia de presentación de la propia imagen en atención a su respectivo sexo viene a representar en esta materia el primer rasgo definitorio de su personalidad y, por ende, la premisa no puede ser otra que la diversidad en la imagen, más o menos acentuada entre hombres y mujeres como presupuesto inexcusable del derecho a la propia imagen. A partir de tal constatación, y por mucho que hasta el momento presente en la práctica no se hayan producido pretensiones en sede judicial al respecto, la primera consecuencia en esta materia es que el empresario está obligado a tratar de manera diferenciada a hombres y mujeres, sin poder exigir de principio una misma indumentaria y apariencia a hombres y mujeres, pues ello sería contrario a la propia imagen y, por paradójico que ello pueda parecer, comportaría un tratamiento discriminatorio tratarlos a ambos exactamente igual. Así, como regla general, podría resultar discriminatorio, exigir a las mujeres el uso de pantalón porque con ello se les pide lo mismo que a los hombres, o prohibir a las mujeres el uso de maquillaje porque igualmente se les prohíbe a los hombres.

Más aún, partiéndose de la constatación de las diferencias físicas y culturales que determinan una diversidad de imagen de hombres y mujeres, ahora en positivo, de principio tampoco habría por qué presumir como discriminatorias aquellas directrices empresariales conforme a las cuáles se contempla una diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres. Así, aunque traigamos a colación un ejemplo algo de laboratorio hoy en día, sería perfectamente comprensible que el empresario prohíba a los hombres el uso de falda (naturalmente, dejando de lado el problema que ciertamente emergerá más temprano que tarde del derecho a la propia imagen por parte de los transexuales), al tiempo que le permite a la mujer usarlas.

Por ello, el problema no es que se permita una diferencia de imagen entre hombres y mujeres en el trabajo, incluso que se imponga la misma, sino que dicha imposición carezca de la justificación suficiente y, por ende, haya de ser tachada como discriminatoria: o bien, del mismo modo pero a la inversa, que se prohíba a las mujeres algo que se permite a los hombres sin que concurra causas justificativa para ello. A estos efectos, podría afirmarse que en estos supuestos sería de aplicación en su totalidad toda la doctrina relativa a la lesión de los derechos fundamentales y libertades públicas; en particular, de la doctrina relativa a la discriminación prevista con carácter general y, específicamente, los criterios de detección de las discriminaciones indirectas. Eso sí, algunas consideraciones propias para los asuntos relacionados con la propia imagen son de obligada toma en consideración y son estos los que pasamos a considerar a continuación.

#### **4.2. El principio general y las excepciones: presunción y carga probatoria**

Partiendo de la premisa precedente relativa a la aplicación de la doctrina general sobre derechos fundamentales y discriminación indirecta, obligado resulta establecer la conexión de esta materia con el juego de los poderes organizativos del empleador, a los efectos de determinar cuál debe ser el principio general de partida en la comprobación de este binomio de influencia mutua. A tal efecto, sorprende de manera intensa la actitud simplificadora de ciertas sentencias, que a los efectos una vez más de abordar la manifiesta complejidad de la materia, eluden el análisis de la cuestión de fondo, sobre un presupuesto ciertamente discutible. Me refiero en concreto a la afirmación de partida de un importante número de sentencias conforme a las cuales la determinación de las reglas de conducta de los empleados respecto a su indumentaria y apariencia se inserta dentro de la esfera ordinaria y cotidiana del ejercicio de los poderes organizativos del empleador, de lo que deducen como conclusión general que la empresa ostenta la facultad indiscutida de imponer la uniformidad a los trabajadores y, más aún, de imponer aquella uniformidad que resulte más favorable a la atención a los intereses de la empresa en aras de satisfacer su voluntad de transmitir una determinada identidad de la empresa frente a clientes y proveedores.

A nuestro juicio, por el contrario, teniendo presente que nos enfrentamos a la posible afectación de un derecho fundamental, como es la propia imagen en su vertiente “positiva”, la regla general de partida debe ser la inversa. Como manifiesta con carácter general la jurisprudencia constitucional, la modulación que el contrato de trabajo puede producir en el ejercicio de los derechos fundamentales solo se producirá en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva<sup>19</sup>. Sin desconocer el interés objetivo que pueda existir para la empresa, la presunción es que la uniformidad afecta necesariamente a la propia imagen del trabajador y, por tanto, sólo sería admisible la imposición de la uniformidad en aquellos supuestos en los que concurra una demostrada y fundada causa justificativa de exigencia de la misma. Es cierto que en muchas actividades y profesiones tiene plena lógica la imposición de la uniformidad, pero ello no debe conducir a establecer un principio universal consistente en que el empleador siempre y respecto de todos sus empleados puede imponer la presencia de una uniformidad. Por el contrario, a tenor de la evolución de esta materia y de los valores jurídicos y culturales imperantes, el principio debe ser el inverso: no es exigible una uniformidad y cuando esta se imponga debe justificarse la misma, por sencilla que esta pueda resultar de justificar en muchas ocasiones. El resultado, por ende, no puede ser otro que concluir que, siendo ese el punto de partida, el control judicial tiene que entrar necesariamente a analizar la motivación de la exigencia y no presumir de partida su licitud.

Más aún, en ocasiones la actitud inversa por parte de ciertas sentencias suele ser la de añadir que es práctica social la exigencia de uniformidad y, por tanto, es al trabajador a quien corresponde justificar la excepción de la no imposición de la misma. Una vez más debe recordarse que nos enfrentamos a una posible limitación indebida de un derecho fundamental y, como tal, no cabe sino exigir a la empresa que demuestre la justificación de la exigencia de la uniformidad.

Avanzando en la demostración exigible, mucho más incisiva debe ser la exigencia de justificación allí donde el criterio empresarial sea el de exigir la uniformidad a las mujeres, dejando plena libertad de elección a los hombres. Aquí sí que emerge un supuesto bastante palmario de *fumus* discriminatorio, de modo que sólo en situaciones excepcionales cabría justificar esa diferencia de trato entre hombres y mujeres. Dicho de otro modo, cuando se verificase tal diferencia de tratamiento concurriría una fuerte presunción de tratamiento discriminatorio muy difícilmente justificable por razones objetivas. Si la empresa requiere transmitir una identidad o una específica imagen frente a terceros por medio de la indu-

---

<sup>19</sup> Por todas SSTC 6/1982, de 21 de enero; 106/1996, de 12 de junio; 204/1997, de 25 de noviembre; 1/1998, de 12 de enero; 90/1999, de 26 de mayo; 98/2000, de 10 de abril; 80/2001, de 26 de marzo.

mentaria y apariencia de sus empleados, carece de todo sentido que esa transmisión se realice exclusivamente respecto de las mujeres, quedando al margen los hombres. Pudiera, eso sí, establecerse diferencias en exigir o no la uniformidad, respecto del personal que se relaciona con el público, pero obviamente de manera indiferenciada respecto de hombre y mujeres; de resultar que la empresa pone al frente de la atención al cliente en directo exclusivamente a mujeres, habría otra presunción de discriminación indirecta a estos efectos. En definitiva, aquí lo que procede es aplicar la jurisprudencia sobre la carga probatoria en materia de discriminación por razón de sexo, de su inversión apenas se aporten los elementos indiciarios mínimos de sospecha de tratamiento diferenciado injustificado.

La misma valoración ha de realizarse respecto de aquellas directrices empresariales en las que, sin imponer una determinada uniformidad, se establecen cierto tipo de prohibiciones respecto de la indumentaria o apariencia, cuando se dirigen tales prohibiciones exclusivamente respecto de las mujeres, con paralela ausencia de indicaciones de tipo alguno en relación con los hombres. Podría pensarse que la amplia variedad de vestuario y elementos complementarios de las mujeres, frente a una tendencia a una mayor homogeneidad en el hombre, podría justificar tal tipo de diferencias de tratamiento. Sin embargo, a nuestro juicio, ello comportaría un prejuicio de principio que sería necesario confirmar en la práctica y, por ello, la exclusiva dirección de las prohibiciones hacia las mujeres ya de por sí puede resultar indiciaria de un tratamiento discriminatorio que exigiría una justificación y en su caso demostración de contrario, por muy sencillos que puedan resultar en algunas ocasiones.

Más complejas son, sin duda por lo indicado previamente, las situaciones de exigencias de uniformidad a ambos sexos pero con contenidos diferenciados para hombres y mujeres, o bien la prohibición de ciertas indumentarias o apariencias respecto de ambos sexos pero de nuevo con alcance diferenciado para hombres y mujeres. En estos casos resulta más difícil partir de un principio general, y desde luego más débil un intento a secas de presunción de tratamiento discriminatorio, siendo obligado entrar en la ponderación de fondo. Eso sí, lo que también cabe como regla general en estos otros supuestos es aplicar las reglas comunes sobre carga probatoria ya referidas. En suma, la remisión a la doctrina general sobre la prueba de indicios en materia de discriminación, especialmente de discriminación indirecta.

#### **4.3. Idoneidad, necesidad y proporcionalidad justificativas de la discriminación**

A tales efectos, cabe aplicar en toda su extensión la jurisprudencia relativa a los criterios de necesaria concurrencia para justificar la diferenciación de tratamiento que rompería la aportación de indicios racionales que permitan presumir la

conurrencia de una discriminación indirecta por razón de sexo. A tal efecto, recordar cómo la jurisprudencia constitucional entiende que para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)<sup>20</sup>. Si acaso advertir respecto a esto último que en el caso concreto del ejercicio de los derechos fundamentales inespecíficos en el ámbito de las relaciones laborales la ponderación de contraste no tiene que ser necesariamente en relación con los “intereses generales” sino que se refiere realmente a su comparación con los intereses “particulares o privados” empresariales dignos de protección igualmente constitucional.

En nuestro concreto caso, el juicio de idoneidad consistiría en comprobar que con la concreta medida impuesta en materia de indumentaria y/o apariencia de carácter diferenciado se logra el objetivo propuesto de atención a la imagen empresarial. Por su parte el juicio de necesidad supondría constatar hasta qué punto no existen medidas de actuación alternativa en la transmisión de la imagen empresarial sin necesidad de invadir el terreno de la a su vez propia imagen de la mujer trabajadora. Finalmente, el dato probablemente más decisivo, el relativo a la proporcionalidad en sentido estricto, comportaría analizar si la intensidad de la restricción al derecho fundamental de la mujer trabajadora se corresponde con los beneficios satisfechos respecto del interés de la empresa.

#### **4.4. La diferencia de cargas por razón de sexo**

Por añadidura, en el caso concreto que estamos analizando de manera específica en este momento se refiere a la diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres, aspecto que, como vimos, ha sido escasamente analizado por la jurisprudencia abordando la cuestión de fondo. Se trata de una perspectiva que va más allá de los tres criterios precedentes de juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Mejor dicho, se trata de tres criterios que necesariamente se deben aplicar al caso concreto con la perspectiva complementaria de que se verifica una específica diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres.

A la vista de que se trata de una perspectiva que apenas ha sido analizada por

---

<sup>20</sup> Por todas, SSTC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre; 37/1998, de 17 de febrero.

la jurisprudencia española, consideramos que para afrontarla puede resultar de enorme utilidad y trasladable a nuestro ordenamiento el criterio establecido por los Tribunales norteamericanos sobre la desigualdad de cargas (*inequal burden*). Consiste la misma en entender lícito el tratamiento diferenciado entre hombres y mujeres en la medida en que el resultado sea de igual onerosidad derivada de los límites o condicionantes impuestos para hombres y mujeres, es decir, si resultan equivalentes las cargas soportadas por unos y por otros. Pueden existir, por razones de las características propias de hombre y mujeres, reglas distintas respecto de la vestimenta y de la apariencia, pero las cargas derivadas de ello deben ser las mismas para mujeres y hombres, pues de lo contrario se ha de presumir la concurrencia de una discriminación por razón de sexo<sup>21</sup>. Dicho de otro modo, acudiendo complementariamente al juicio de necesidad, se presume en estos casos que es viable que la empresa para el logro de sus legítimos intereses puede adoptar medidas alternativas que comporten identidad de cargas para hombres y mujeres, de modo que si no lo hace existe una correlativa presunción de que en la diferencia de cargas subyace un discriminación indirecta, como tal vedada constitucionalmente.

La enorme variedad de situaciones que se pueden producir en las empresas y profesiones singulares no permite aplicar como universal y de forma automática dicho criterio de la identidad de cargas, pero sí que estimamos que puede constituir un principio orientativo de primer orden para solventar los más de los casos. No se puede convertir en universal, porque no se puede descartar la hipótesis de demostración de la concurrencia de un juicio de necesidad que se soporte de manera más intensa sobre las mujeres que respecto de los hombres. Por citar un caso muy singular pero fácilmente comprensible, si en un comercio de productos cosméticos femeninos se obliga a las trabajadoras a acudir maquilladas con uso de los productos ofrecidos al público es más que razonable que ello sólo se haga respecto de las mujeres y no respecto de los hombres; eso sí, cuando estén a la venta productos para ambos sexos, resultaría menos justificable que se obligara sólo a las mujeres a su uso. En todo caso, como puede comprobarse del carácter bien singular del ejemplo propuesto, aunque no se trate de un criterio universal, a nuestro juicio sí que puede tomarse en consideración en la generalidad de los casos.

#### **4.5. Criterios de detección de los estereotipos sexuales**

Para concluir, resulta obligado entrar en la cuestión relativa al impacto que en esta materia presentan los estereotipos sexuales, por cuanto que los mismos pueden tener un fuerte impacto en esta materia, determinando con intensidad los protocolos de actuación exigidos por las empresas.

---

<sup>21</sup> Cfr., con más detalle, Cámara Botía, op. cit.

En efecto, en muchas ocasiones con estos tratamientos específicamente dirigidos con exigencias particulares en relación con las mujeres en el trabajo subyacen los valores culturales dominantes en relación con la presencia de la mujer en el trabajo, especialmente con determinadas presencias que se suelen considerar de mayor aprecio por parte de terceros en la atención que se recibe por parte de la empresa. Por tal motivo, viene a ser lugar común por parte de la empresa escudarse a efectos de exigir esas conductas diferenciadas no en su propias y personales preferencias, sino en los que implícitamente le vienen a exigir sus clientes y proveedores sobre la base de tales hipotéticos valores culturales dominantes. Y, sin embargo, al final, el sujeto provocador del tratamiento discriminatorio en el trabajo y sobre el que recaen las correspondientes condenas ha de ser necesariamente el empleador, pues es el agente provocador directo del trato vejatorio contra la mujer en el trabajo. Sin poder ocultar la concurrencia en ocasiones de valores establecidos en relación con la belleza y presencia diferenciada de la mujer, especialmente en el trabajo, la misma puede derivar de típicos estereotipos sexuales y, como tales, a valorar estrictamente como conductas discriminatorias recaídas en estos concretos supuestos en relación con la libre imagen de la mujer trabajadora.

Enfrentándonos hoy en día a importantes cambios culturales por lo que refiere a la incorporación de la mujer en el trabajo a todos los niveles, obligado resulta ser especialmente rigurosos con todos aquellos supuestos en los que las particulares exigencias de indumentaria y apariencia de la mujer en el trabajo respondan a los usos y costumbres tradicionales y, por decirlo en términos sencillos pero fácilmente comprensibles, de los cánones clásicos de la belleza de la mujer. En ese terreno, esta perspectiva puede resultar complementaria del criterio de la identidad de cargas, al propio tiempo que esta última puede constituir un útil baremo para determinar la posible presencia de los estereotipos sexuales más extendidos.

# DESIGUALDAD, VULNERABILIDAD Y PRECARIEDAD EN EL ANÁLISIS JURÍDICO DE GÉNERO

ANTONIO BAYLOS GRAU

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Castilla La Mancha (Ciudad Real)*

## ÍNDICE

1. A modo de introducción
2. Desigualdad no es igualdad ni discriminación
3. Vulnerabilidad social y género
4. Precariedad se declina en plural
5. Recapitulación

## 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Teresa Pérez del Río ha sido una precursora en el sentido literal y simbólico de la palabra. Con la perseverancia de quien tiene las ideas claras y la tenacidad de quien sabe que la razón está de su lado. No le ha sido fácil sin embargo, porque su trabajo teórico y su compromiso militante iban – continúan aún – contracorriente. Y eso Teresa lo sabe bien, desde la tesis doctoral que publicó en 1984, hasta sus vicisitudes posteriores entre las incomprensiones de una parte de la doctrina.

Ella ha construido el Derecho del Trabajo a partir de la figura de la mujer trabajadora, ha filtrado este sistema normativo a través de la presencia de género y ha justificado teóricamente esa aproximación nueva y a la vez necesaria al estudio de

esta materia. No sin oposición, pero hoy creo que se puede decir sin temor a equivocarse que su forma de plantear metodológica y materialmente el estudio del Derecho del Trabajo está plenamente *normalizada* como práctica cultural de los y las juristas del trabajo.

Teresa ha impulsado esta forma de ver el trabajo y su regulación formal y material más allá de sus escritos, con ser éstos muchos y muy inteligentes. Su trabajo formativo, el impulso a los equipos de negociación de los convenios colectivos, el estudio y la orientación sobre la negociación colectiva, ha generado un modo de hacer y un hábito de cómo enfocar correctamente la reglamentación colectiva desde un plano de igualdad. Más allá, ha transmitido ese impulso emancipatorio a las direcciones sindicales y a las de los movimientos sociales, incorporando el hábito de la igualdad en sus plataformas de acción y en sus propias formas de relación con la política y la movilización, con el proyecto y la protesta. En la Universidad, ha edificado asimismo un colectivo de personas libres identificadas con esta manera de entender la teoría y la práctica del derecho laboral.

Ha sido una precursora, aunque todavía el mundo que anuncia no se haya podido realizar. Por el contrario, su análisis crítico demuestra cómo es este uno de los elementos que más se resisten a una disposición progresista de las condiciones de trabajo y de las pautas de la existencia social.

Este trabajo que se inserta en un volumen colectivo de homenaje, quiere por ello mismo presentarse como un trabajo en marcha, un texto abierto que permita un diálogo con Teresa, en la línea de lo que constituye nuestra costumbre de relacionarnos de modo sincero y desenvuelto y debatir libremente sobre los aspectos que más nos interesan de las relaciones de trabajo y de los proyectos de sociedad que las sostienen. La mejor manera de concebir un escrito de ofrecimiento y de admiración hacia esta amiga de tantos años y maestra de tantos pareceres es, a mi juicio, intentar caminar por espacios contiguos a los que ella ha andado y proponer una visión complementaria a los análisis suyos más frecuentes.

En este se propone repensar la utilización de algunas nociones en su aplicación a los estudios jurídico-laborales de género, es decir, la conveniencia de depurar términos que incorporamos de manera común a los escritos de derecho laboral para describir la regulación del trabajo y del empleo que plantean posiblemente problemas en cuanto a su significado, al sentido real del contenido de los mismos. Pero se trata de un cuestionamiento experimental que busca precisamente el debate abierto en un terreno en el que se dan muchos elementos como seguros.

Se trata también de reflexionar sobre el lenguaje que empelamos los juristas del trabajo. De la historiografía feminista, por ejemplo, se puede deducir importantes indicaciones sobre la propia forma de producir el relato histórico, sus con-

tenidos y su “ámbito” de descripción. Lo mismo podremos decir del derecho y del lenguaje jurídico. Las categorías jurídicas en muchas ocasiones se construyen como inversión de la realidad o al menos como inversión de una realidad tal como es percibida por el observador<sup>1</sup>.

## 2. DESIGUALDAD NO ES IGUALDAD NI DISCRIMINACIÓN

El lenguaje es por tanto importante. En gran medida la producción teórica feminista ha conseguido dar otro significado a las palabras que se utilizan comúnmente, se han creado modismos y significados propios que las han transformado, pero permanece la polisemia de éstas, su ambivalencia. Ese es el problema del lenguaje de los derechos, y de nociones básicas como las del principio de igualdad o el derecho antidiscriminatorio. Porque hay una gran ambivalencia en esas nociones que expresan tanto una forma de gestión del poder – y del gobierno de las relaciones socio-económicas – como una capacidad de resistencia y un deseo de emancipación. La premisa de la que se parte en este apartado es que la noción de desigualdad no puede subsumirse en el tratamiento jurídico de la igualdad y la prohibición de la discriminación.

“El género es la expresión del sexo como status social”, y combinado con otros aspectos identitarios “sitúa a hombre y mujer en una compleja jerarquía en el trabajo”<sup>2</sup>. Esta constatación evidente de la realidad social se relaciona directamente con la desigualdad, que está en la base del conflicto político, social y económico en el que se mueven las sociedades desarrolladas en la actualidad. Una desigualdad creciente frente al salario y fundamentalmente frente al empleo, como ha señalado un muy reputado especialista<sup>3</sup>, que problematiza de forma directa la regulación del trabajo en tanto que ésta debe necesariamente imponer un conjunto de mecanismos que remuevan esa desigualdad en el plano horizontal, es decir, entre los y las trabajadoras, a la vez que se mantiene la relación entre capital y trabajo y la distribución desigual de la riqueza.

---

<sup>1</sup>“Es por tanto muy interesante hablar sobre las palabras y el sentido de las palabras, porque nombran el mundo, y lo hacen desde la visión de quien puede ordenar ese mundo. Por eso es importante apropiarse del lenguaje y/o tener un lenguaje propio. Con el problema de no saber si se opta por la invención de nuevas palabras o la reformulación -¿refundación? - de otra.”, A. Baylos, “Patchwork (no solo) jurídico”, en L. Mora Cabello de Alba (Dir.), *Trabajar en femenino, trabajar en masculino. Un libro a once voces*, Bomarzo, 2013, p. 212.

<sup>2</sup>L.J.B. Hayes, “‘Women’s voice’ and Equal Pay. Judicial Regard for the Gendering of Collective Bargaining”, en A. Bogg y T. Novitz, *Voices at Work. Continuity and Change in the Common Law World*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 35.

<sup>3</sup>T. Piketty, *La economía de las desigualdades*, Anagrama, Barcelona, 2015, pp. 36 ss.

Aquí el derecho tiene que afirmar la existencia de la igualdad como principio político básico de las sociedades democráticas. De forma que el problema de la desigualdad se solventa mediante su negación, enfocándolo desde la afirmación normativa de la igualdad. Sin embargo es evidente la distancia entre la igualdad formal y las condiciones materiales de existencia de una gran parte de la población, caracterizada por desigualdades crecientes. Por eso, en las constituciones sociales europeas como la española, la igualdad entronca con un principio político básico que de forma paradójica se reconoce inexistente en la realidad tangible de las sociedades con una economía de libre mercado, ante lo que se ofrece un compromiso social y colectivo para la nivelación gradual de los factores económicos, sociales y culturales que la originan. El tema discurre por otros derroteros, y el Derecho del Trabajo “que se declara igualitario”<sup>4</sup> expresa esta convicción de forma mucho menos convincente y explícita porque prefiere construir este proceso de reglas a través de la noción de discriminación<sup>5</sup>. En su vertiente más concreta, en el trabajo y en el empleo, quiere proscribir la desigualdad identificándola como trato desfavorable no justificado, identificando este hecho discriminatorio como consecuencia de la construcción social de género y poniendo el acento en la división sexual del trabajo.

A partir de ahí la igualdad integra el ámbito de “las políticas públicas”, funciona como un referente de la acción del poder público, y en consecuencia no adquiere la seguridad y la determinación de una norma ni de un principio jurídico. Se mueve en el campo de la discrecionalidad, de la orientación a objetivos y por eso es también susceptible de ser abordado desde técnicas de *softlaw*, o por instrumentos voluntarios de conformación de la acción de las empresas como la responsabilidad social empresarial<sup>6</sup>.

Pero quizá lo importante no sea la búsqueda de la igualdad “efectiva”, sino que se deba considerar la realidad desde el concepto de desigualdad, que es el hecho que se debe evitar y hacer desaparecer gradualmente según prescribe el art. 9.2 de nuestra Constitución. La noción de desigualdad es problemática tanto desde la técnica jurídica –al necesitar traducirse en discriminación para ser prohibida o disgregarse en política pública para ser actuada– como conceptualmente, porque no se resume en una conducta o trato diferenciado sino en situaciones personales que acompañan identidades más amplias.

Hay en efecto “dobles desigualdades”, como clásicamente la que hace coincidir mujeres y jóvenes en una misma categoría<sup>7</sup>, y, desde la propia consideración

---

<sup>4</sup> A. Baylos, “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social* nº 1 (1998), pp. 11 ss.

<sup>5</sup> M. Rodríguez-Piñero y M.F. Fernández, *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>6</sup> A. Merino Segovia, *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Bomarzo, Albacete, 2009.

<sup>7</sup> A. Moreno Mínguez, “Desigualdades por edad y género: la doble desigualdad de las mujeres jóvenes”, en AA.VV., *Anuario de la Fundación 1 de mayo 2011*, Fundación 1 de mayo, Madrid, 2011, pp. 219 ss.

de la perspectiva de género, cabe apreciar una cierta heterogeneidad de los colectivos que la componen, lo que permite hablar de “desiguales entre las iguales”, de forma que los colectivos de mujeres diversamente funcionales, inmigrantes o con diversidad sexual, pueden con razón considerarse situaciones y grupos en las que la desigualdad es más notoria respecto de otros conjuntos<sup>8</sup>. A la postre, la desigualdad es el término jurídico que expresa la articulación e imbricación de diferentes opresiones –género, raza, diferencia sexual– que atraviesan transversalmente las relaciones de dominación<sup>9</sup>.

Las variables de la desigualdad en el trabajo y en el empleo son muchas y una perspectiva de género sabe que en muchas ocasiones se encabalgan o se contrastan con otras identidades, en especial la de raza o edad<sup>10</sup>. Eso hace que se hable en plural de “desigualdades” – como también de mujeres, en plural – y que esta categoría se considere en efecto “en constante construcción”<sup>11</sup>. Esta cierta complejidad ha hecho que el término se vaya difuminando en los estudios de género, considerado más como un marco de referencia y no tanto como una etiqueta que permite distinguir un tipo de trabajo – o de empleo – como específicamente *desigual*, a efectos tanto analíticos como de propuesta regulativa.

Además, las identidades en el trabajo condicionan la propia categoría del trabajo, cada vez más adjetivado y referenciado: trabajo típico y atípico, formal e informal, productivo y reproductivo. Adjetivos que se juegan en relación con identidades muy marcadas de los sujetos que trabajan: mujeres, jóvenes, inmigrantes. Esa problemática no sólo se proyecta sobre la configuración de los sujetos colectivos en la relación de trabajo, cuestionando la representación del trabajo, las figuras en las que ésta se materializa y la capacidad de encarnar las aspiraciones de mejora y emancipación de las personas que pueblan el trabajo. También, como es sabido, altera el contenido del principio de igualdad, y el derecho antidiscriminatorio, paradigmas ahora de un mundo regulado sobre la aceptación de la diferencia identitaria: género y etnia fundamentalmente como convenciones sociales y culturales que pueden y deben ser apreciadas como fundamento de una radicalidad democrática alternativa<sup>12</sup>.

En este tema desigualdad y diferencia son nociones difíciles para su traslación al derecho, que las reconoce a partir de conceptos como igualdad y trato no discrimi-

<sup>8</sup> B. Marugán Pinto, “Desigualdades: una categoría en constante construcción”, en *Anuario de la Fundación 1 de Mayo 2011*...cit., p. 241.

<sup>9</sup> C. Delphy, *Classer, dominer; Qui sont les autres?*, La fabrique éditions, Paris, 2008, p. 9.

<sup>10</sup> La combinatoria de estas diferentes formas de opresión constituye uno de los grandes temas de la sociología feminista. C. Delphy, *Dominer, classer*...cit. p. 9.

<sup>11</sup> B. Marugán Pinto, “Desigualdades: una categoría en constante construcción”...it., pp. 231 ss.

<sup>12</sup> Una síntesis de lo que se entiende por derecho antidiscriminatorio, en D. Gottardi y L. Calafá, *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, Ediesse, Roma, 2009.

minatorio, proporcionando un terreno de debate y de análisis crítico que se reabre continuamente y que, en el campo propio de la teorización jurídico-laboral española está comenzando a ofrecer presentaciones críticas de la aceptación normalizada de la noción de igualdad respecto de la de diferencia<sup>13</sup>. Es decir, que en el universo de las y los juristas del trabajo, aun reconociendo que “resulta absolutamente indiscutible” que la norma jurídica no es suficiente<sup>14</sup>, se parte a efectos instrumentales de la enunciación de un principio de igualdad – que se materializa en los de corresponsabilidad y transversalidad<sup>15</sup> - desarrollado en una serie de normas que a su vez han dado lugar a una extensísima producción sobre los derechos de conciliación<sup>16</sup>, en un conjunto normativo que se cierra con el principio de no discriminación<sup>17</sup>, que también a su vez sufre ciertos desajustes de tratamiento de las situaciones de violencia o de acoso<sup>18</sup>. Junto a ello el examen de las “políticas de igualdad” y el examen de la normación bilateral de la negociación colectiva<sup>19</sup> – con especial atención a los llamados planes de igualdad<sup>20</sup> – concluye el universo del análisis jurídico de las desigualdades de género en nuestra cultura iuslaboralista.

Es comprensible que en ese itinerario, el abordaje de la desigualdad en términos jurídicos resulte muy insatisfactorio, porque el término de comparación y la relación que de él se infiere está mediado en la argumentación tradicional por la pre-

---

<sup>13</sup> L. Mora Cabello de Alba, “Del malabarismo cotidiano a una nueva civilización más allá de la igualdad. La reconciliación de la vida laboral y familiar”, *Revista de Derecho Social* nº 37 (2007), pp. 129 ss o, el más reciente y sistemático M.D. Santos Fernández, *Derecho, trabajo y diferencia sexual*, Bomarzo, Albacete, 2015.

<sup>14</sup> T. Pérez del Río, “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación al debate”, *Revista de Derecho Social* nº 37 (2007), p.225.

<sup>15</sup> T. Pérez del Río, “La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Aproximación al debate”...cit., pp. 225 ss.

<sup>16</sup> La lista sería interminable, pero un texto seguro es el de T. Pérez del Río “La normativa interna sobre derechos de conciliación: la corresponsabilidad”, en J. Cabeza Pereiro y B. Fernández Docampo (coord.) *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2011, pp. 51 ss. Sin lugar a dudas el campo de los derechos de conciliación es uno de los más frecuentados por la doctrina laboralista española, con una abrumadora presencia femenina, no excluyente sin embargo de otras aportaciones de colegas varones también relevantes.

<sup>17</sup> Que se hace acompañar siempre del principio de igualdad, de manera que forman en la enunciación doctrinal una pareja inescindible, posiblemente porque, como se ha dicho, la igualdad solo se pueda expresar en términos jurídicos como no discriminación. Así, a título de ejemplo, cfr. J. M. Serrano García, *La igualdad en la crisis del empleo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

<sup>18</sup> T. Pérez del Río, *La violencia de género en el ámbito laboral: el acoso sexual y el acoso sexista*, Bomarzo, Albacete, 2009.

<sup>19</sup> J.F. Lousada Arochena (Coord), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, CCNCC, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2008.

<sup>20</sup> T. Pérez del Río “La función de los interlocutores sociales y de la negociación colectiva en la Ley Orgánica de igualdad efectiva entre mujeres y hombres 3/2007. Los Planes de igualdad en las empresas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número extraordinario sobre “Igualdad efectiva entre hombres y mujeres (2007), pp. 261 ss.

sencia de un poder privado que naturalmente se ejerce de manera desigual sobre la base de la subordinación y del dominio sobre personas o en atención a una acción no muy bien precisada que implica al poder público en una operación de necesaria connivencia con la desigualdad material. Es difícil por tanto “normalizar” este término fuera del razonamiento antidiscriminatorio, entre otras cosas porque el marco constitucional afirma como punto de partida la existencia constante de una situación de desigualdad material de base económica, social y cultural, que se expresa en la normalización de las relaciones de explotación y los diferentes modos en los que se manifiesta ésta y que se mantiene sustancialmente vigente tanto desde la acción del poder privado como respecto de las “políticas” emprendidas por el poder público.

La desigualdad aparece así como un “punto de partida”<sup>21</sup>, una posición desigual que es sustancial al trabajo y al empleo, frente a la cual se manejan ahora otro tipo de conceptos para dar cuenta de los efectos de esta desigualdad, más allá por tanto de su tratamiento jurídico clásico a partir de la igualdad y la prohibición de la discriminación, centrándose en la orientación que deben llevar a cabo las políticas públicas – económicas y sociales – que se puedan poner en práctica.

### 3. VULNERABILIDAD SOCIAL Y GÉNERO

Las consecuencias de la desigualdad no se presentan sólo como un conjunto de fenómenos que en todo caso deben ser removidos<sup>22</sup>. Hay una operación que pretende concentrar en algún segmento de la desigualdad los esfuerzos que se requieren para eliminar esas situaciones especialmente odiosas desde el punto de vista de la desigualdad económica, social y cultural, y que precisa por tanto designar con una noción nueva este ámbito de intervención. Se selecciona una serie de elementos que presentan un especial desvalor social y que permiten mostrar una situación exasperada de desigualdad material entre las personas *bienestantes* y estos colectivos desiguales. El término entonces elegido es el de la vulnerabilidad social, y tiene un componente de género muy importante.

Se trata de un concepto muy empleado por organizaciones no gubernamentales, entre las que destaca la Cruz Roja, para la cual “la vulnerabilidad puede definirse

---

<sup>21</sup> M.J. Romero Rodenas, “Los efectos de la crisis económica sobre las mujeres: empobrecimiento y precariedad laboral”, *Anuario de la Fundación 1 de Mayo (2010)*, GPS Madrid, 2010, pp. 249 ss.

<sup>22</sup> En algunos documentos, se ha cancelado ya la palabra desigualdad de género. Los estudios del Fondo Monetario Internacional, por ejemplo, sólo hablan de “disparidad de género” para referirse a este tema. Al respecto, K. Elborgh-Woytek, M. Newiak, K.Kochhar, S. Fabrizio, K. Kpodar, Ph. Winger, B. Clements y G. Schwartz, *Las mujeres, el trabajo y la economía: Beneficios macroeconómicos de la equidad de género*, FMI (2013),

<https://www.imf.org/external/spanish/pubs/ft/sdn/2013/sdn1310s.pdf>.

como la capacidad disminuida de una persona o un grupo de personas para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de un peligro natural o causado por la actividad humana, y para recuperarse de los mismos”. Es un concepto relativo y dinámico, puesto que “la exposición de las personas a riesgos varía en función de su grupo social, sexo, origen étnico u otra identidad, edad y otros factores”, aunque en la práctica de estas organizaciones normalmente se asocia a situaciones de pobreza y exclusión social<sup>23</sup>. Para la CEPAL, la definición es prácticamente idéntica, pues este organismo la vulnerabilidad social se relaciona con los grupos socialmente vulnerables, cuya identificación obedece a diferentes criterios: “algún factor contextual que los hace más propensos a enfrentar circunstancias adversas para su inserción social y desarrollo personal,[...] el ejercicio de conductas que entrañan mayor exposición a eventos dañinos, o la presencia de un atributo básico compartido (edad, sexo, condición étnica) que se supone les confiere riesgos o problemas comunes”<sup>24</sup>.

Con este sentido es como normalmente se utiliza por dichas ONGs. La Cruz Roja ha elaborado incluso un indicador global de vulnerabilidad social, en el que se manejan variables del cálculo de la exclusión social y pobreza junto con el concepto de privación severa<sup>25</sup>. Y en otras instancias el trabajo vulnerable – los grupos vulnerables de trabajadores – se relacionan directamente con la problemática de la exclusión laboral, de la que incluso se elaboran ciertas tipologías<sup>26</sup>.

En otras definiciones sin embargo la noción de vulnerabilidad social no se confina tanto en el espacio de la exclusión y de la pobreza cuanto en una situación dinámica intermedia. “La zona de vulnerabilidad social está situada entre la zona de integración (trabajo estable y pilares sociales y familiares sólidos) y la de exclusión (carencia de trabajo y aislamiento socio-familiar), caracterizándose, por lo tanto, por ser una zona más inestable, con trabajos precarios, paro intermitente y pilares

---

<sup>23</sup> Cfr. la definición que efectúa la Federación Internacional de Sociedades de la Cruz y la Media Luna Roja, <https://www.ifrc.org/es/introduccion/disaster-management/sobre-desastres/que-es-un-desastre/que-es-la-vulnerabilidad/>

<sup>24</sup> [http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/12939/eps9\\_ecaro.pdf](http://www.cepal.org/celade/noticias/paginas/9/12939/eps9_ecaro.pdf)

<sup>25</sup> El indicador Global de Vulnerabilidad, según esta fuente, ha empeorado el 2014 con respecto a 2013, pasando de 17,6 a 18,4 (un aumento de 0,8 en sólo un año). Ha aumentado el porcentaje de personas que se encuentran en niveles de riesgo alto a extremo, mientras que ha bajado el porcentaje de quienes se encuentran en riesgo destacado, con respecto a 2013. Aunque la mayor parte de las personas adultas se ubican en un nivel de riesgo destacado alto, hay un 7,5% de personas en situación de exclusión social, es decir con riesgo muy alto y extremo (superior a 50). Este porcentaje también ha aumentado levemente desde 2013, cuando llegaba al 7,3%. Cfr. Portal de la vulnerabilidad social Cruz Roja <http://www.sobrevulnerables.es/sobrevulnerables/informes.do>

<sup>26</sup> Así, para América Latina, J. Weller, “Vulnerabilidad, exclusión y calidad del empleo. Una perspectiva latinoamericana” en

[http://www.inegi.org.mx/RDE/RDE\\_06/Doctos/RDE\\_06\\_Art6.pdf](http://www.inegi.org.mx/RDE/RDE_06/Doctos/RDE_06_Art6.pdf)

socio-familiares menos sólidos. Se trata de una zona intermedia, con el consiguiente riesgo de introducirse en el espacio de la exclusión”<sup>27</sup>.

Es esta acepción de la vulnerabilidad la que se emplea cuando se utiliza la categoría de empleo vulnerable, que no se confunde con las franjas del trabajo relacionadas con el espacio de la pobreza, ni con el término, ya muy popularizado, de “trabajadores pobres”<sup>28</sup>. Se trata de la noción que configura la parte del empleo registrado que por baja cualificación, temporalidad de la relación, y otras variables, se encuentran en especial situación de vulnerabilidad social, y se relaciona con la noción de riesgo social que elaboró el Banco Mundial<sup>29</sup>. La vulnerabilidad implica el riesgo y éste se materializa en el desplazamiento de estas personas – o de los hogares en los que se integren – hacia una situación de pobreza, profundizando por tanto en la pérdida de la situación de cierta estabilidad o bienestar social en la que se mueve la llamada vulnerabilidad.

Es por tanto un concepto en el que una parte del colectivo de mujeres presenta rasgos muy cualificados de vulnerabilidad y que se proyecta sobre el empleo como un elemento característico de esta situación. Su consideración específica forma parte de uno de los objetivos centrales de las políticas activas de empleo, donde los “grupos vulnerables” se concretan en mujeres, jóvenes, emigrantes y personas con discapacidad, y esa terminología ha arraigado ya de manera clara tanto en los órganos de la Unión Europea – comenzando por el Fondo Social Europeo – como en la definición de las políticas activas a cargo a los servicios de empleo estatales o autonómicos en España. Se trata de políticas activas que se concretan en programas de inclusión, acompañados de los estereotipos al uso de “desarrollo de un mercado de trabajo abierto”, y de la práctica de la “buena gobernanza”. Un claro ejemplo de esto se encuentra en el programa europeo EaSI – Programa Europeo para el Empleo y la Innovación Social – que reúne los tres programas anteriores europeos de 2007 a 2013 PROGRESS - que apoyaba el desarrollo y la coordinación de la política de la UE para el empleo, la inclusión social, la protección social, las condiciones de trabajo, la no discriminación y la igualdad de género – EURES -una red de cooperación entre la Comisión Europea y los servicios públicos de empleo de los Estados miembros que fomentaba la movilidad de los trabajadores, y el de Mi-

---

<sup>27</sup> Cfr. el “Informe sobre la vulnerabilidad social en España, 2006”, que se puede encontrar en [http://www.sobrevulnerables.es/sobrevulnerables/ficheros/informes/informe\\_2/1%20Estudio%20de%20la%20vulnerabilidad%20social.pdf](http://www.sobrevulnerables.es/sobrevulnerables/ficheros/informes/informe_2/1%20Estudio%20de%20la%20vulnerabilidad%20social.pdf)

<sup>28</sup> Servicio de Estudios de la Fundación 1 de mayo, *Pobreza y trabajadores pobres en España*, Colección Informes nº 106, Fundación 1 de mayo, Madrid, 2014.

<sup>29</sup> Y que ha extendido con carácter general, al fenómeno de la crisis y la consideración de los riesgos económicos como oportunidad de desarrollo. Cfr. el Informe para el Desarrollo Mundial 2014, “Riesgo y oportunidad”, en [http://siteresources.worldbank.org/EXTNWDR2013/Resources/8258024-1352909193861/8936935-1356011448215/8986901-1380730352432/SPA\\_StandaloneOverview.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTNWDR2013/Resources/8258024-1352909193861/8936935-1356011448215/8986901-1380730352432/SPA_StandaloneOverview.pdf)

crofinanciación y Emprendimiento Social, cuyo objetivo era aumentar la disponibilidad de microcréditos a personas físicas para la creación o el desarrollo de una pequeña empresa<sup>30</sup>.

En la Estrategia de Empleo que hace público el Estado español, este tema asoma a través de los llamados “colectivos prioritarios”, o que se traduce en una “atención prioritaria a los colectivos más vulnerables y con medidas especialmente diseñadas para estos”, que se definen mediante una lista más o menos completa de grupos “de riesgo”, al tratarse de personas con especiales dificultades de integración en el mercado de trabajo, “especialmente jóvenes, y particularmente aquellos con déficit de formación, mujeres, parados de larga duración, mayores de 45 años, personas con discapacidad o en situación de exclusión social, e inmigrantes, con respeto a la legislación de extranjería”. De esta manera, la utilización en el marco de las políticas de empleo del término vulnerabilidad es más reductivo que en su acepción original que describe una situación dinámica entre la pobreza y la exclusión social y el núcleo de seguridad que puede dar un empleo estable, y su alcance es por tanto limitado.

Aunque progresivamente se va abriendo camino también en los estudios doctrinales<sup>31</sup>, el término vulnerabilidad no tiene por tanto la suficiente fuerza como para desplazar semánticamente el problema de la desigualdad en el empleo y en el trabajo como un eje de actuación política en su doble sentido, es decir, como necesaria orientación de estas políticas de empleo y como elemento de valoración y crítica de las mismas en orden a sus resultados. La desigualdad es así un resultado del que se parte, pero su constatación permanente implica el fracaso de las políticas que se han puesto en práctica para limitarla o contenerla, y por lo mismo, es el elemento que sirve para valorar críticamente éstas y la necesidad de un cambio de enfoque o de perspectiva.

#### 4. PRECARIEDAD DECLINA EN PLURAL

Puede sin embargo resultar más interesante el empleo de la categoría de precariedad como una forma diferente de mencionar la desigualdad en el trabajo y en el empleo en el marco de una perspectiva de género. De hecho es un término que resulta profusamente empleado como equivalente a la desigualdad en el empleo y en el trabajo, en un sentido por tanto propiamente “extensivo”<sup>32</sup>. Hay que tener en

---

<sup>30</sup> Cfr. [http:// eurosmes.eu/es/content/easi-programa-de-la-union-europea-para-empleo-la-innovacion-social](http://eurosmes.eu/es/content/easi-programa-de-la-union-europea-para-empleo-la-innovacion-social)

<sup>31</sup> Así, por ejemplo, en E. Rojo Torrecilla (Coord), *Vulnerabilidad de los derechos laborales y de protección social de los trabajadores*, Huygens editorial, Barcelona, 2015.

<sup>32</sup> M. Bresson, *Sociologie de la precarité*, Armand Colin, Paris, 2007, p. 11.

cuenta que el paradigma de la precariedad nace del desmoronamiento de la civilización del trabajo forjada en torno a la relación salarial, que se “desborda” en otras relaciones sociales y sobre todas las dimensiones de la vida social, desde las relaciones de proximidad y las solidaridades de clase, a la localización espacial y geográfica<sup>33</sup>. La precariedad se diferencia de la temporalidad porque no se limita a la inseguridad que proviene de la inestabilidad del trabajo y no puede prever ni su futuro profesional ni asegurar la protección social. Precariedad es también para los sociólogos, la existencia de un trabajo sin interés, mal retribuido y sin reconocimiento social<sup>34</sup>.

La precariedad trasciende en muchos sentidos el ámbito del empleo y del trabajo y se convierte en un “estatuto inestable, discontinuo y caótico” en el que pulula un nuevo sujeto, el “ser-sin” en el que su propia precariedad alimenta una cierta contradicción que le coloca fuera de un marco institucional que le constriñe<sup>35</sup>. Aunque el elemento central de esta situación es precisamente su radicalidad innovadora, la precariedad es el indicador de un “horizonte absoluto y compacto dentro del cual se desarrolla la existencia de cualquiera”, un “devenir precario” que compromete y afecta cualquier dimensión de la existencia social de estas personas<sup>36</sup>. Considerada por tanto como categoría general, la precariedad se expresa en condiciones de vida más difíciles, un nivel de vida inestable, con tendencia a la baja, y

---

<sup>33</sup> M. Bresson, *Sociologie de la précarité...cit.*, p. 43. Este tema tiene que ver con el debate sociológico que marca una cierta sensación de “fin de época”, “hundimiento” o “crisis” del sistema de regulación de relaciones sociales que de modo genérico se puede denominar fordismo, o, más bien, relativas a la organización social típica del fordismo y del pacto social interclasista que ésta sostiene. En ese debate, es interesante destacar alguna interpretación relevante según la cual más que hablar de crisis del sistema de regulación de relaciones sociales se puede hablar de crisis de la crítica a ese sistema de regulación de relaciones sociales, en definitiva, de crisis de la crítica al capitalismo. Es decir que la precarización del empleo y la reducción de la protección de los trabajadores se explican ante todo por el debilitamiento del sindicalismo y de la disminución del nivel de sus críticas, unido a la apropiación por el capitalismo de alguno de los elementos críticos del fordismo y de la estructuración jerárquica de la empresa y del trabajo, que se manifiesta en la introducción del discurso del “yo” y de sus capacidades como elementos decisivos en el proceso de trabajo y en la correspondiente forma de retribuirlo. Sobre esta crítica, cfr. L. Boltanski y E. Chiapello, *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal ed., Madrid, 2002, y sobre las retóricas de las nuevas formas de organización de empresa, Cfr. C. Fernández Rodríguez (Ed.), *Vigilar y organizar: Una introducción a los Critical Management Studies*, Siglo XXI, Madrid, 2007.

<sup>34</sup> Precariedad en el empleo en el primer caso, en el trabajo el segundo, ambas dimensiones están normalmente ligadas, “un empleo precario corresponde a una función subordinada, explotada”. M. Bresson, *Sociologie de la précarité...cit.*, p. 47.

<sup>35</sup> Es un “ser – sin” en cuanto que sin renta, sin casa, sin papeles, pero también sin el peso de tantas otras cosas, sin obediencia al estado nacional y al poder, sin estar obsesionado por la triste ética del trabajo”. M. Tari, “Strategie della precarietà”, en *Potere precario*, número monográfico de la revista *Posse (2006)*, p.86.

<sup>36</sup> M. Tari, “Strategie della precarietà”, cit., p. 87.

privaciones en el acceso a un importante número de bienes de consumo<sup>37</sup>, y no se manifiesta sólo en el plano profesional sino que tiene una importante dimensión territorial, de manera que se puede analizar la concentración espacial de las desigualdades en los servicios y en el acceso al mercado de los bienes de consumo en territorios y lugares determinados, como una variable que describe el anclaje territorial de la precariedad y la “miseria social” que ésta asume en dichos espacios<sup>38</sup>. En algunos estudios se ha relacionado muy correctamente esta precariedad socio-laboral con la crisis de representación del sindicato y la necesidad por tanto de adaptar estructuras y medios de acción a esta nueva subjetividad presente en la producción, enfatizando la condición de ciudadanía – y por tanto recuperando el valor de la igualdad – como forma de mediación cultural ante este fenómeno<sup>39</sup>.

Ambas magnitudes, general y específica, de la precariedad tienen una relación evidente con la noción de desigualdad, aplicada ahora en relación con el tipo ideal de empleo y trabajo que requiere el Estado social que declara la Constitución y el compromiso de éste en garantizar unas condiciones dignas de existencia social y lo que en palabras de la OIT se debe definir como un trabajo decente<sup>40</sup>. La precariedad en todo caso tiene una importante vertiente de género, y en muchos estudios se resalta esta relación entre la desigualdad en el empleo y en el trabajo por razón de género y la consideración de la precariedad en los mismos. Incluso recientemente se ha formulado explícitamente esta definición como una “condición del trabajo de las mujeres” que se extiende en la crisis que se manifiesta en los países del sur de Europa, y entre ellos de manera señalada en el nuestro, a partir de la llamada crisis del euro en el 2010. “El trabajo precario, realizado tanto en la economía formal como en la informal, se caracteriza por la incertidumbre y la inseguridad causada, por ejemplo: por contratos temporales, agencias de trabajo temporal, trabajo a tiempo parcial, contratos de formación, bajos salarios, pensiones bajas, e incluso dificultades para unirse a un sindicato y el acceso a derechos de negociación colectiva o el aprovechamiento mayoritario de las medidas de conciliación existentes para las mujeres, así como a la falta de medidas eficaces de coresponsabilidad”<sup>41</sup>, unido desde luego a otras circunstancias derivadas del trabajo inmaterial y del trabajo autónomo en un contexto post-fordista y de “distritos pro-

<sup>37</sup> M. Bresson, *Sociologie de la précarité...*cit., p. 62

<sup>38</sup>Un relato impresionante, tanto por la calidad como por la cantidad de materiales y testimonios, de estas “formas contemporáneas de la miseria social”, en el formidable trabajo colectivo dirigido por P. Bourdieu, *La misère du monde*, Éditions du Seuil, Paris, 1993.

<sup>39</sup>Así, respecto del empleo y trabajo juvenil, F. J. Trillo Párraga, “Jóvenes, trabajadores...¿Y ciudadanos?”, en *Anuario Fundación 1 de mayo 2010*, GPS Ediciones, Madrid, 2010, pp.259 ss.

<sup>40</sup>J. Somavía, *El trabajo decente. Una lucha por la dignidad humana*, Organización Internacional del Trabajo, Santiago de Chile, 2014.

<sup>41</sup> A. Guamán Hernández, “Mujeres, reformas laborales y mercado de trabajo en (la) crisis. ¿Recuperación o precarización?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF* n° 386 (2015), pp. 8 ss.

ductivos”, explotación de la propia vida, externalización de distintos segmentos de la producción y nomadismo internacional de una subjetividad profesional construida sin lugar donde anclarse<sup>42</sup>.

Desde esta perspectiva, se han enumerado algunos de los elementos más llamativos de esta precariedad, y en ese mismo elenco se puede comprobar la importancia del empleo de esta noción de precariedad como sinónimo de desigualdad. Así, la segregación ocupacional y el desempleo, la temporalidad de los contratos y la retribución salarial inferior a la que perciben los hombres en una muy profunda brecha salarial<sup>43</sup> constituyen el centro del razonamiento que lleva a afirmar que las políticas de empleo que deberían haber revertido esta situación desigual han caminado en el sentido inverso, favoreciendo de manera clara la degradación del paradigma normal de tutela de derechos para sustituirlo por incentivos e impulsos hacia la precariedad en el trabajo como forma de incentivar el empleo de las mujeres<sup>44</sup>.

La precariedad entonces es una vía de análisis productivo en términos de crítica a la regulación del trabajo y la protección social actualmente existente, que lleva implícita en los estudios laboralista que emprenden esta aproximación teórica una forma de denuncia fundamentalmente de la desigualdad en el empleo, aunque indirectamente se refiera también a la imposición de un trabajo de baja cualificación como empleo prioritario<sup>45</sup>. Es útil para señalar la óptica de género, porque tiene la suficiente elasticidad como para acoger las diversas fragmentaciones de la desigualdad y las dislocaciones de las diferentes situaciones que se dan en el colectivo de las trabajadoras desiguales.

El empleo de esta categoría se ha acentuado tras la puesta en práctica de las “reformas de estructura” urgidas ante la crisis del euro y la aplicación de las condiciones impuestas por el mecanismo de estabilidad europeo como condición para el salvamento del sistema financiero logrado mediante el sobre-endeudamiento público de los Estados de la periferia sur de Europa. Las reformas laborales en España – una de cuyas primeras medidas, simbólicamente, fue la congelación de la reforma que ampliaba el permiso de paternidad prevista en la Ley 9/2009, de 6 de octubre – han ido progresivamente avanzando en el dismantelamiento de los derechos laborales, causando un especial daño a los derechos de conciliación y acentuando la

---

<sup>42</sup>“El poliedro del capitalismo”, sintetiza M. Tarí, “Strategie della precarietà”...cit. p. 85.

<sup>43</sup>M.J. Romero Rodenas, “Los efectos de la crisis económica sobre las mujeres: empobrecimiento y precariedad laboral”...cit., pp.253 ss.

<sup>44</sup>Con amplia descripción y razonamiento, A. Guamán Hernández, “Mujeres, reformas laborales y mercado de trabajo...”, cit., pp. 10 ss.

<sup>45</sup>“Empleo a cualquier precio”. Cfr. P. Lokiec, *Il faut sauver le droit du travail!*, Odile Jacob, Paris, 2015, pp.67 ss.

temporalidad y la reducción salarial del trabajo de las mujeres. Por eso se ha mantenido, con razón, que la precarización del trabajo de las mujeres es una “condición” a través de la cual éstas se insertan en el “mercado laboral” que se extiende y se consolida merced a las últimas modificaciones legislativas de la legislación laboral, en especial las realizadas a partir de la Ley 3/2012<sup>46</sup>.

El reproche de la precarización, entendido por tanto en este amplio sentido, sobre el empleo y el trabajo, es además el recurso al que los juristas del trabajo – y no sólo ellos, sino otros agentes culturales, sociales y políticos – recurren como argumento crítico frente a la doctrina constitucional mayoritaria presente en las Sentencias 119/2014 y 8/2015 que ha considerado conforme a la constitución la reforma laboral con la consecuencia de avalar el proceso de precarización que esta normativa ha impulsado<sup>47</sup>, cuestión que se refuerza con los cambios impulsados por un bipartidismo reticente a la participación ciudadana mediante la reforma del art. 135 de nuestra Constitución, de evidentes consecuencias restrictivas sobre el gasto social y el alcance de la protección social<sup>48</sup>.

La precariedad se predica también no solo de los efectos de la crisis de los derechos laborales, sino de la llamada “crisis de cuidados”, entendiéndolo por tal “la desestabilización de un modelo previo de reparto de responsabilidades sobre los cuidados y la sostenibilidad de la vida, que conlleva una redistribución de las mismas y una reorganización de los trabajos de cuidados”, que se cierra de forma insuficiente y precarizadora, fundamentada en los ejes de desigualdad social e invisibilidad de los trabajos y los agentes sociales que presentaba el modelo de partida<sup>49</sup>. Precariedad social que se entronca con un cuadro general de deterioro de la existencia social en nuestro país y que cuestiona “el trabajo que sostiene la vida”<sup>50</sup>.

## 5. RECAPITULACIÓN

Los análisis jurídicos desde la óptica de género están sólidamente anclados en el estudio del principio de igualdad y el derecho antidiscriminatorio. Estos elementos continúan siendo el eje de observación y valoración del trabajo de las mu-

---

<sup>46</sup> A. Guamán Hernández, “Mujeres, reformas laborales y mercado de trabajo...”, cit., pp. 18 ss.

<sup>47</sup> A. Guamán Hernández, “Mujeres, reformas laborales y mercado de trabajo...”, cit., pp. 20 ss.

<sup>48</sup> M.I. Ramos Quintana, “La nueva Ley Reguladora del Factor de Sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social: impacto y consecuencias sobre las mujeres”, *Revista de Derecho Social* n° 64 (2013), pp. 237 ss.

<sup>49</sup> A. Pérez Orozco, “Amenaza tormenta. La crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico”, *Revista de Economía Crítica* n° 5 (2006), pp. 9-10.

<sup>50</sup> L. Mora Cabello de Alba y J. Escribano Gutiérrez (Coords.), *La ecología del trabajo. El trabajo que sostiene la vida*, Bomarzo, Albacete, 2015.

jeros en la cultura iuslaboralista actual, y concentran por tanto el grueso de la atención que se presta a la posición que las mujeres ocupan en el empleo y en el trabajo, para determinar su posición como ciudadanas en el goce de los derechos y libertades fundamentales<sup>51</sup>. En este sentido, el horizonte de la LO 3/2007 de igualdad efectiva de mujeres y hombres sigue siendo el escenario en el que se desenvuelve la gran mayoría de la doctrina española, sin que los posteriores acontecimientos derivados de la crisis hayan modificado esta referencia de sentido a la producción científica del derecho del trabajo, y ello sin perjuicio de las apreciaciones críticas sobre la técnica legislativa empleada y las insuficiencias de su planteamiento.

Las nociones de vulnerabilidad y precariedad se han ido incorporando a las discusiones sobre estos temas como criterios para medir los efectos negativos, insuficientes o directamente reaccionarios de las políticas públicas que se siguen todavía denominando “de igualdad”. La vulnerabilidad de determinados colectivos solicita una atención específica por parte de los poderes públicos y por consiguiente funciona en una doble dirección, como llamada a obtener un trato diferente y positivo por parte de las medidas puestas en práctica para la protección del empleo y la tutela del desempleo, pero asimismo como denuncia de una serie de situaciones de especial privación cuya dinámica puede conducir a la exclusión social y a la pobreza. La noción de vulnerabilidad se integra en la complejidad de las políticas de empleo, permite la utilización de medidas de acción positiva, pero también faculta al observador de esa realidad social para llamar la atención sobre el proceso de deterioro que afecta a determinados colectivos y la ineficacia de las políticas públicas que se han ido generando con la finalidad de “favorecer” – como señala el art. 17 ET - la relación de empleo de las mujeres.

Es más potente el concepto de precariedad, y su utilización resulta más productiva como crítica a las políticas públicas de igualdad y a la configuración de la estructura del mercado de trabajo y de empleo. Su propia configuración amplia y elástica, la relación que establece con otras categorías típicas del análisis de los juristas del trabajo, como la de flexibilidad<sup>52</sup> –o flexibilización<sup>53</sup>– y la fuerza que denota al desplegarse tanto en el campo del empleo y del trabajo como en el de las relaciones sociales, la hacen muy practicable para las aportaciones doctrinales críticas de los procesos regulativos y constitutivos en curso. Las lógicas de la pre-

---

<sup>51</sup> Cfr. T. Pérez del Río (Coordinadora), M<sup>a</sup> L. de la Flor, C. Ferradans, M<sup>a</sup> J. Cervilla (profesorado), “Trabajo, empleo y transversalidad de género”, Facultad de Filosofía y Letras UCA, <http://filosofia.uca.es/filosofiayletras/portal.do?TR=C&IDR=529>.

<sup>52</sup> M. Rusciano, C. Zoli, L. Zoppoli (Coords.), *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.

<sup>53</sup> Cfr. M. Rodríguez Piñero, “Flexibilidad, juridificación y desregulación” (1987), hoy recogido en *Tres décadas de relaciones laborales en España. Editoriales y Estudios*, Universidad de Sevilla, Secretariado de Publicaciones, Sevilla, 2015, pp. 31 ss.

rización y su marco social permiten una descripción muy ajustada del deterioro de las relaciones de trabajo y de empleo con especial incidencia en la problemática de género en este último período de reformas legislativas y de fortalecimiento de la unilateralidad del poder del empresario.

El campo del derecho es menos proclive a incluir en sus análisis las estrategias de reconocimiento de la diferencia identitaria y la visibilidad de los mecanismos de producción y reproducción y del trabajo no asalariado que llevaron a cabo los movimientos feministas con gran fuerza a partir de los años 80, y que priorizaron la diferencia cultural sobre la búsqueda de la promoción de la igualdad económica mediante estrategias de redistribución. Estos temas se trasladan, de forma muy periférica, a los debates sobre proyectos de regulación de la protección social, donde asoma el problema de los trabajos de cuidados con ocasión de la atención a la dependencia, o a reflexiones sobre trabajo y ciudadanía que convergen en las propuestas de renta básica o renta de ciudadanía. Sólo recientemente se puede detectar un esfuerzo doctrinal que quiere reconstruir las categorías del derecho y del trabajo reconociendo la diferencia en la identidad de género y cuestionando dentro de la propia política de igualdad los modelos androcéntricos y las correspondientes jerarquías de status<sup>54</sup>, lo que constituye una nueva dimensión del imaginario feminista y de la óptica de género en los análisis jurídicos<sup>55</sup>.

La problemática de la desigualdad sigue siendo en todo caso un eje por el que el análisis jurídico debe continuar deslizándose para intentar encajar ese concepto que moviliza la acción del Estado Social y de los sujetos colectivos representativos, en un discurso que priorice un proyecto de emancipación que integre un interés compartido entre mujeres y hombres a proscribir las formas de dominación en las que su existencia se desenvuelve cotidiana y fatalmente. Un largo camino por delante que abrirá las grandes alamedas por las que pasearán la mujer y el hombre libres.

---

<sup>54</sup> N. Fraser, *Fortunes of Feminism. From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*, Verso, London / New York, 2013, p. 4-5.

<sup>55</sup> Cfr. M.D. Santos Fernández, *Derecho, trabajo y diferencia sexual...cit.*, L. Mora Cabello de Alba, *Un derecho del deseo. Un derecho sexuado*, Icaria, Barcelona, 2015.

# **RETOS, EXPECTATIVAS Y DECEPCIONES DEL DERECHO A LA CONCILIACIÓN DE RESPONSABILIDADES**

MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

JAIME CABEZA PEREIRO

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

## ÍNDICE

1. La discriminación indirecta por razón de sexo derivada de medidas de conciliación de la vida familiar y laboral
  - 1.1. Algunas consideraciones de concepto sobre la discriminación indirecta
  - 1.2. La discriminación indirecta concretada en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral
  - 1.3. Entre discriminación indirecta, políticas de conciliación y normas sociales
  - 1.4. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la intersección de la discriminación indirecta con la conciliación de la vida familiar y laboral
2. El derecho a la adaptación de la jornada
  - 2.1. El derecho a la adaptación de la jornada en la Unión Europea: más allá de una mera sugerencia
  - 2.2. El derecho a la adaptación de la jornada en el texto constitucional español: el significado del derecho a la conciliación como derecho de dimensión constitucional
  - 2.3. La indolencia del legislador español: inmovilismo, instrumentalización y propaganda

Desde el mismo momento en que empezamos a pensar en nuestra participación en este libro homenaje a nuestra querida Teresa Pérez del Río quisimos que fuera un trabajo conjunto, firmado por los dos. Y ello a pesar de que tuvimos que negociar con las organizadoras una ampliación de la dimensión máxima permitida (la negociación fue sencilla, por cierto). Teresa nos enseñó a trabajar juntos, a nosotros y a tantos compañeros y compañeras, que encontramos en ella no solo a una maestra, sino también a una persona amable y comprensiva, que sabe escuchar y reunir. En torno a ella no hay escuelas, ni prejuicios, ni cautelas. Es reconfortante saber que seguiremos trabajando a su lado y que ella seguirá reuniéndonos y animándonos, ahora con mayor disponibilidad y también con la tranquilidad que se merece.

Ambos nos sentimos vinculados a Teresa por muchos motivos y uno no menor es por pertenecer a esa -¡habrá que decirlo!- “escuela” de estudio sobre la no discriminación por razón de sexo que ella ha generado con un liderazgo indiscutible. El tema de este libro no podía ser otro y, dentro de él, nos ha correspondido abordar sin duda uno de los aspectos más relevantes, el de la conciliación de vida familiar y laboral. Hemos asumido con gusto esta responsabilidad y hemos pretendido darle un sesgo innovador, a través de un doble eje temático dotado de un *continuum* lógico: la discriminación indirecta y el derecho a la adaptación de la jornada. El diálogo del Tribunal de Justicia y de la normativa derivada con el derecho interno, salpicado de sentencias más o menos satisfactorias y de Directivas con mandatos de gran interés, sugiere nuevos debates y nuevas dudas. Aunque, sin duda, los designios actuales de los órganos de la Unión Europea muestran cierta despreocupación hacia la igualdad material entre mujeres y hombres. El discurso que sigue pretende ser crítico y exigente en dicho diálogo, pero al mismo tiempo reconocer ciertos avances en cuestiones que, sin el acervo europeo, y sin algunos buenos ejemplos comparados, permanecerían ancladas en nuestro sistema interno en modelos ciertamente pretéritos.

## **1. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA POR RAZÓN DE SEXO DERIVADA DE MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y LABORAL**

### **1.1. Algunas consideraciones de concepto sobre la discriminación indirecta**

Cuando se revisita el concepto de discriminación indirecta desde un prisma determinado, como puede ser el del conflicto entre la vida familiar y laboral, se plantean necesariamente algunas dudas que conviene tener en cuenta. Hay que partir de las definiciones legales. En concreto, para el art. 2 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (re-

fundición), se entiende por tal “*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*”. La identidad semántica que guarda con el art. 6.2 de la LO 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, evita mayores matizaciones.

Hay algunos aspectos de este tópico legal que ya han sido suficientemente descritos. Por ejemplo, que el legislador de la Unión Europea, a partir de las directivas antidiscriminatorias del año 2000, abandonó el requisito o la apelación a la prueba estadística como parte integrante de la esencia de la discriminación indirecta y lo substituyó por el perjuicio o la desventaja particulares. De tal manera que dicha prueba, con ser útil, deja de ser un condicionante casi absoluto para que pueda apreciarse el efecto desfavorable de la medida aparentemente neutra<sup>1</sup>. También, que su toma en consideración persigue más el valor de la igualdad material, frente a la discriminación directa, que se orienta más bien a la consecución de la igualdad formal ante la Ley<sup>2</sup>.

En resumidas cuentas, la esencia del concepto consiste en la admisión de una discriminación antijurídica que no se hace depender del proceso mental del sujeto agente, que puede no ser consciente de efectuar una decisión discriminatoria. Tal vez sea impulsado por una tendencia inconsciente o una distorsión que condiciona sus decisiones, pero estos elemento causales resultan indiferentes en el mundo del Derecho<sup>3</sup>. Aunque su actuación no haya sido deliberadamente injusta, produce una desigualdad social que debe ser corregida si no se justifica adecuadamente. Porque, pese a la posible ausencia de un ánimo discriminatorio, hay una reprobación moral hacia la medida que causa el impacto desfavorable en una persona perteneciente a un grupo social desfavorecido, en este caso las mujeres<sup>4</sup>.

Debe insistirse en que, en la discriminación indirecta, la voluntad de tratar peyorativamente pierde relevancia. No quiere decirse que no la albergue quien adopta la decisión o la práctica aparentemente neutras, pero pierde relevancia en el proceso de argumentación jurídica. Mejor habría que decir que la pierde en tanto en cuanto

---

<sup>1</sup> Enfatizando esta idea, Doyle, O., *Direct discrimination, indirect discrimination and autonomy*, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 27, n° 3, 2007, p. 538.

<sup>2</sup> Vg., Forshaw, S. y Pilgerstorfer, M., *Direct and indirect discrimination: Is there something in between?*, Industrial Law Journal, vol. 37, n° 4, 2008, p. 351.

<sup>3</sup> Arneson, R., “Discrimination, disparate impact and theories of justice”, en VV.AA., *Philosophical foundations of discrimination law*, Oxford University Press (Oxford, 2013) p. 90.

<sup>4</sup> Selmi, M., “Indirect discrimination and the anti-discrimination mandate”, en VV.AA., *Philosophical foundations...*, cit., p. 253.

no pueda ser adecuadamente probada por quien alega haber sufrido una discriminación, pues, si pudiera, la discriminación sería directa, sin que cupiera, en principio, y salvo la excepción de la buena fe ocupacional, una justificación por la parte demandada.

En este sentido se ha dicho que existe una subordinación política y jurídica de la discriminación indirecta a la directa, pues una y otra se solapan conceptualmente<sup>5</sup>. No han faltado autores que han definido aquella en términos de que no debe concurrir un ánimo discriminatorio, pero a costa de ampliar más allá de lo razonable el concepto de ésta<sup>6</sup>. Más bien, la doctrina que se ha construido, a partir del inicial caso *Griggs c. Duke Power Company*, se basa en la indiferencia hacia el ánimo subjetivo de la parte demandada, de tal forma que esa indiferencia ha resultado, a la postre, el elemento más de éxito de la discriminación indirecta.

Hay muchas aristas conceptuales que luego deben ser limadas por los órganos judiciales. Por ejemplo, la identificación del grupo perjudicado o “victimizado” no siempre resulta sencilla. Puede decirse, como afirmación más sencilla, que debe ser contrapuesto a otro grupo favorecido. O, dicho, en otros términos, debe haber un grupo ganador y otro perdedor. Pero eso no es fácil, pues la propia composición de uno y otro es un tema abierto al debate, al igual que también lo es quién “gana” y quién “pierde”, como va a verse de una forma muy plástica en cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral.

También en torno a la medida perjudicial se ciernen algunas dudas. Entre ellas, si el perjuicio debe ser real o basta con que sea potencial. No se trata ahora de argumentar en exceso sobre esta cuestión, pero la identidad del impacto adverso debe servir de pauta para admitir los perjuicios potenciales. Es decir, la mera pertenencia al grupo desfavorecido, sumada a la constatación de que la decisión o práctica de empresa afecta desfavorablemente a dicho grupo, debe bastar para presuponer que cualquier miembro de ese colectivo es susceptible de sufrir la consecuencia perjudicial<sup>7</sup>. Por otro lado, se suscita el problema de que acaso no sea posible identificar o aislar la propia medida. Se constata el efecto perjudicial hacia un colectivo definido, vg., en términos de sexo, pero no es fácil concretar la decisión que causa ese perjuicio, porque puede tratarse del mantenimiento de una situación que tradicionalmente produce segregación, o de una práctica introducida en términos lo suficientemente oscuros como para que sea difícil de verificar o determinar. Tales casos, que han sido en alguna ocasión considerados por los Tribunales y catalogados en todo caso como discriminación indirecta, han servido para que algún

---

<sup>5</sup> Doyle, O, *Direct discrimination...*, cit., pp. 538 ss.

<sup>6</sup> Vg., Lippert-Rasmussen, K., *Born free and equal?: A Philosophical inquiry into the nature of discrimination*, Oxford University Press (Oxford, 2013) pp. 54 ss.

<sup>7</sup> Véase esta opinión en Doyle, O, *Direct discrimination...*, cit., p. 540.

sector de la doctrina se refiera a una categoría intermedia, a la que califica como “discriminación casi-directa”<sup>8</sup>. Pero la generación de este nuevo concepto resulta, en la práctica, más problemática que otra cosa. Quizá obligue a replantearse la noción de discriminación indirecta para aligerar la identificación de la “*disposición, criterio o práctica*” y situar el centro de atención más bien en el impacto adverso. Lo cual tiene una importancia sobresaliente si se trata de denunciar discriminaciones indirectas en el juego de la relación laboral cuando se producen conflictos significativos entre la prestación de servicios y la atención a la familia.

## **1.2. La discriminación indirecta concretada en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral**

Puede discutirse, en particular, la organización del trabajo en una entidad productiva porque causa dificultades de adaptación con las tareas de cuidado de la familia y del hogar. Parece obvio, como máxima de experiencia, que dichas tareas causan grandes desigualdades laborales entre hombres y mujeres, por más que no expliquen en toda su extensión la discriminación que sufren éstas en el mercado de trabajo. Aunque se haya progresado algo en la corresponsabilidad masculina, el peso de la labor de crianza recae desproporcionadamente en las mujeres.

En términos de responsabilidad, no parece que ésta recaiga en particular en la empresa como parte empleadora de trabajadores y trabajadoras, sino en la sociedad que ha repartido las tareas de una forma notablemente inequitativa. Más bien podrían situarse las obligaciones en los trabajadores varones con responsabilidades familiares, poco proclives para asumirlas en modelos sociales que les han atribuido la primera responsabilidad solo como aportadores de ingresos para la unidad familiar<sup>9</sup>. No obstante, la organización del trabajo arrastra unas tradiciones muy arraigadas en las que la atención a la familia no ha ostentado ninguna prioridad. Es la inercia de un modelo previo a la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, o coetáneo, pero en unas condiciones peores, la que produce una organización hostil a la compatibilidad entre la atención al trabajo y a la familia y, por consiguiente, contradictoria con la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres. Es, así pues, muy conveniente aligerar la exigencia de que se identifique una práctica o una medida concreta y centrar la atención en que se constate el perjuicio o el impacto desfavorable hacia las personas responsables de la crianza y del cuidado de la familia.

En este sentido, la provisión de horarios de trabajo adecuados, de permisos razonables o de trabajos en jornada reducida, sin que se produzcan tratamientos peyorativos hacia quienes se acojan a esta modalidad de prestación de servicios,

---

<sup>8</sup> Forshaw, S. y Pilgerstorfer, M., *Direct and indirect discrimination...*, cit., pp. 352 ss.

<sup>9</sup> Sugiriendo esta idea, SELMI, M., *op. cit.*, p. 260.

constituye una conducta exigible a la empresa en línea de principio, salvo que ésta pueda justificar razonablemente que sería desproporcionado en el caso concreto la provisión de estas adaptaciones. Como es evidente, la justificación empresarial solo podrá valorarse desde una perspectiva casuística. En realidad, la doctrina interna tanto del Tribunal Constitucional como de la Jurisdicción ordinaria, a partir de la STC 3/2007, de 15 enero, constituye un claro desarrollo del deber de adaptación horaria cuyo incumplimiento es susceptible de constituir discriminación indirecta por razón de sexo. Más adelante se aborda en detalle el contenido de este deber y su desarrollo en la doctrina interna y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Y, una vez organizado el trabajo en unos términos más adecuados a la conciliación de la vida familiar y laboral, se plantea el subsiguiente problema de que, intencionadamente o no, se les produzcan perjuicios a las personas que se acogen a tales formas de prestación de servicios. Se trataría ya de un caso de discriminación indirecta clásico, en el que cabe identificar una medida que causa un perjuicio por causa de la atención a las responsabilidades familiares.

Como ejemplo clásico, cabe recordar el asunto *Jenkins*<sup>10</sup>. En la empresa productora de prendas de vestir para mujeres había, en efecto, puestos de trabajo a tiempo parcial, como el que desempeñaba la demandante. Pero con la particularidad de que cobraba menos por hora trabajada que sus colegas masculinos que prestaban servicios a jornada completa. El Tribunal argumenta con criterios que cabe calificar de muy antiguos, sin acoger en realidad la doctrina de la discriminación indirecta<sup>11</sup>. Pero, al margen de la fundamentación jurídica, en la actualidad superada, constituye un caso de libro de perjuicio irrogado a un grupo configurado en términos de pertenencia al sexo femenino por causa de su mayor implicación en las tareas familiares. No por casualidad, en la empresa *Kingsgate*, donde trabajaba la señora *Jenkins*, todas las personas que trabajaban a tiempo parcial eran mujeres, con la única excepción de un trabajador parcialmente jubilado.

La discriminación indirecta por sexo derivada de los problemas de conciliación tiene unas peculiaridades que la hacen diferente. En apariencia, se trata de un supuesto de discriminación que no estigmatiza, pues no tiene una esencia abiertamente denigratoria de la condición femenina. Sin embargo, no está libre de una

---

<sup>10</sup> Asunto 96/80, sentencia de 31 marzo 1981.

<sup>11</sup> "...una diferencia de retribución entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial sólo constituye una discriminación prohibida por el artículo 119 del Tratado si es en realidad un medio indirecto para reducir la cuantía de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial en razón del hecho de que este grupo de trabajadores está integrado, de manera exclusiva o preponderante, por mujeres".

connotación peyorativa, porque parte de la hipótesis de que la mujer ha optado por la carrera maternal, en detrimento de unas mayores aspiraciones profesionales. Sobre este asunto se reflexiona algo más enseguida. Por ahora, es suficiente con añadir que, ubicada en el denominado *mummy track*, se la consideraba menor comprometida con la empresa y menos interesada en progresar profesionalmente<sup>12</sup>. Aunque, visto el problema desde este ángulo, habrá que convenir que se está ligando un problema de discriminaciones indirectas y medidas que desfavorecen a las mujeres en su papel de soporte fundamental del cuidado familiar con otro de discriminación por estereotipo. Lo cual devuelve la atención a la esfera de las discriminaciones directas, no ya las indirectas<sup>13</sup>. Dicho en otras palabras, si en la decisión que adopta un empresario se acredita un móvil que tiene que ver con sus concepciones de la trayectoria de las trabajadoras en su papel de madres o de cuidadoras de la familia, dicha decisión ya no podrá justificarse con base en una legítima finalidad empresarial.

Una cuestión adicional sobre la identidad de la discriminación indirecta en el entorno del conflicto trabajo-familia alude al objetivo que debe perseguir la lucha contra ella. Su origen está, claramente, en unas normas sociales que reparten las responsabilidades familiares en términos desproporcionados e injustos entre los hombres y las mujeres. Por consiguiente, cabe sostener que, precisamente, el objetivo último del derecho anti-discriminatorio en este campo se dirige a contestar y combatir dichas normas sociales. Es decir, al margen de las políticas concretas que se establezcan sobre la mejor conciliación de la vida familiar y laboral y sobre la coresponsabilidad de los varones, la prohibición de la discriminación indirecta también se alza en contestación a un reparto inequitativo de la labor de cuidado. Si bien, desde un espectro de propósitos menos ambicioso, cabría postular un propósito menor, que no contestase los usos sociales y se limitase a mitigar los inconvenientes que sufre la mujer trabajadora en el conflicto entre su doble papel de trabajadora y responsable de la familia. En esta dialéctica, no cabe duda de que nuestro bloque de constitucionalidad ha optado por la primera de las alternativas<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> En este sentido, Cabeza Pereiro, J., “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en VV.AA. (dirs. Cabeza Pereiro, J. y Fernández Docampo, B.) *Conciliación de la vida familiar y laboral y coresponsabilidad entre sexos*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2011) pp. 77 ss. Debe discreparse, en este sentido, de algún autor que opina que las reticencias de la empresa a crear medidas de adaptación necesarias para el cuidado de la familia no ponen en entredicho las capacidades de las madres como trabajadoras (SELMI, M., *op. cit.*, p. 260).

<sup>13</sup> SELMI, M., *op. cit.*, p. 260.

<sup>14</sup> Sin abundar más en este asunto, basta reproducir un pequeño pasaje de la Exposición de Motivos de la LO 3/2007, de 22 marzo: “...resulta necesaria, en efecto, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla. Esta exigencia se deriva de nuestro ordenamiento

Por último, se alza una cuestión incómoda de primer orden conceptual, relativa a quién es el sujeto discriminado, en este caso indirectamente. Esta pregunta viene de la mano de cierta doctrina judicial, ordinaria, constitucional y también de la Unión Europea, que se plantea la discriminación indirecta del varón al que se le deniegan o dificultan medidas de adaptación entre el trabajo o la familia o derechos que se le reconocen a la mujer por su dedicación al trabajo de crianza. Este es un problema de espejos cóncavos y conexos en el que la realidad en ocasiones se difumina. Debe reconocerse que el establecimiento de medidas que reconozcan de algún modo el valor de la crianza de hijos –un tópico político “de moda” en los últimos años- se articula en no pocas ocasiones en términos discriminatorios, ya directa, ya indirectamente, hacia los hombres, por cuestiones de mala técnica legislativa. Pero también que, de nuevo, tales medidas compensadoras abrigan las más de las veces una discriminación de estereotipo que pretende reforzar la norma social de la mujer como persona que debe interrumpir su carrera profesional para dedicarse al cuidado de los hijos y de los mayores. Por desgracia, los órganos judiciales no suelen tener en cuenta esta segunda perspectiva, aunque parezca mucho más obvia que la primera.

### **1.3. Entre discriminación indirecta, políticas de conciliación y normas sociales**

Las medidas laborales y de Seguridad Social en torno a la conciliación de la vida familiar y laboral se plantean en un escenario condicionado por tres ángulos básicos, todos de una gran trascendencia. Por una parte están, como ya se ha avanzado, las normas y las convicciones sociales, que constituyen un elemento dinámico, en evolución y con distintas formulaciones en unos y otros espacios geográficos y funcionales. Por otra, los objetivos políticos de aquellas medidas, que pueden acompañarse mejor o peor con tales normas y convicciones o interferir con ellas, contestándolas con mayor o menor beligerancia. Y, por último –pero no menos importante- hay que tener en cuenta las convicciones individuales de las personas, en particular de las mujeres a las que se les ha asignado históricamente un determinado papel. Pero también de los hombres en su doble papel de miembros de una familia y trabajadores. Las opciones libres de las personas son merecedoras de la mayor consideración, siempre que sean genuinamente libres, y este es un aspecto que a menudo se olvida. No se trata de insistir ahora en las teorías feministas de la valoración del trabajo de cuidado de C. GILLIGAN, pero sí de poner en entredicho normas o políticas que pretendan preconcebir las legítimas aspiraciones de las personas.

Empezando por las políticas en torno a la conciliación, en estas páginas solo se

---

*constitucional e integra un genuino derecho de las mujeres, pero es a la vez un elemento de enriquecimiento de la propia sociedad española, que contribuirá al desarrollo económico y al aumento del empleo”.*

van tener en cuenta las que se refieren al ámbito del trabajo, es decir, básicamente a permisos y a adaptaciones del tiempo de trabajo<sup>15</sup>. No hay que tener en cuenta tan solo las que deliberadamente se centran en perseguir determinados fines relacionados con aquélla, sino también las que la afectan directa o indirectamente. Unas y otras pueden promover unas relaciones más igualitarias entre mujeres y hombres o, bien al contrario, reforzar el papel de las primeras como proveedoras de cuidado, discriminándolas claramente en sus carreras profesionales.

En el ámbito interno, y en términos generales, las medidas de conciliación que se han introducido en las normas laborales, al menos las que no cabe catalogar como contraproducentes, merecen calificarse como “secuenciales”, en el sentido de que no se enfrentan a las normas sociales, sino que simplemente pretenden apoyar a la persona que ha de compatibilizar el trabajo con la familia. Así ha sucedido, en particular, con las medidas de adaptación horaria, con los permisos de maternidad –éste también teñido de consideraciones de seguridad y salud- y paternidad –que no contesta tales normas, en tanto en cuanto no se proponga objetivos más ambiciosos-, y determinadas medidas de reducción de jornada y permiso parental, aunque en cuanto a estos últimos con algunas matizaciones que deberán añadirse. Las prestaciones de Seguridad Social han desempeñado un papel, aunque muy limitado en cuanto a los permisos parentales, de mantenimiento de las rentas durante las ausencias al trabajo. Puede decirse que de un lado han ido los objetivos expresados en las reformas legales, que han incorporado la corresponsabilidad masculina como uno de sus ejes centrales, y de otro su parte dispositiva, mucho más acomodaticia con las convicciones imperantes.

Pero también cuando las reformas laborales han perseguido objetivos de otro tipo –primeramente, de “flexibilización” del mercado de trabajo- los cambios han producido consecuencias muy perjudiciales para un adecuado equilibrio entre la vida familiar y laboral. El unilateralismo de la Ley 3/2012, de 6 julio, como más claro exponente, en temas de distribución del tiempo de trabajo, pero también de la reducción de jornada por guarda legal, ha producido una dificultad añadida para que fuera algo más efectivo el derecho a la adaptación de la jornada del art. 34.8 y para que pudiera disfrutarse adecuadamente de una reducción del tiempo de trabajo congruente con las necesidades particulares de las personas<sup>16</sup>. En todas estas medidas, el perjuicio causado a quienes han de conciliar sus obligaciones privadas y

---

<sup>15</sup> Véase un concepto más amplio en Blofield, M. y Martínez Franconi, J., *Maternalism, co-responsability, and social equity: A typology of work-family policies*, Social Politics, vol. 22, nº 1, 2015, p. 43.

<sup>16</sup> Sin entrar aquí en mayores detalles, véase Ballester Pastor, A., *De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades*, RDS, nº 57, 2012, pp. 99 ss.

laborales es obvio. Particular referencia debe hacerse, porque sitúa el régimen del trabajo a tiempo parcial en las antípodas de cualquier pretensión de equilibrio entre la vida laboral y la vida familiar, al RD-ley 16/2013, de 20 diciembre<sup>17</sup>.

Trascendiendo esta esfera interna, habría que replantear la dimensión política real de las medidas de conciliación. Si antes se ha puesto de entredicho que pretendan, en realidad, combatir las convenciones sociales, habría que preguntarse directamente si se orientan verdaderamente a la igualdad real entre mujeres y hombres dentro y fuera del mercado de trabajo. La respuesta tiene que ser relativa, pero debe resaltarse que, al menos en el ámbito de la Unión Europea, la estrategia de empleo o, más en general, la de crecimiento económico, se ha apropiado y ha hecho suyas dichas medidas, al servicio de sus fines plasmados, por lo que interesa en la actualidad, en la Estrategia Europa 2020<sup>18</sup>.

Ahora bien, debe reconocerse que todavía está vivo en la agenda de la UE un rescoldo de orientaciones igualitarias. Tiene sentido, pues, también entre las grandes políticas de Bruselas, referirse a la emancipación de la mujer desde el punto de vista de sus responsabilidades familiares desproporcionadamente asumidas en detrimento de un mayor desarrollo en sus demás vertientes personales. En esta esfera de consideraciones, la promoción de la igualdad en el mercado de trabajo aparece como una de las más importantes estrategias emancipadoras. Y, por supuesto, la explicación más importante –bien que no la única– de la discriminación que sufren frente a los varones reside en el coste de la maternidad. El sexo asociado al estatus familiar se identifica, así pues, como la más importante muralla, en un contexto en el que los trabajadores en masculino han viajado casi siempre como *free riders*, sin tener que pagar el peaje familiar<sup>19</sup>.

Pero las políticas de conciliación se plantean en una sociedad regida por sus propias normas y convicciones, que interactúan de una forma decisiva y lanzan mensajes muy potentes a los individuos que han de tomar decisiones concretas. Es más, estas normas condicionan y dirigen aquellas políticas en unos términos más o menos inconscientes. Puede postularse el ejemplo de los permisos parentales de duración más o menos prolongada: sin perjuicio de otras consideraciones que en se-

---

<sup>17</sup> Me remito sobre este particular a Cabeza Pereiro, J., *Trabajo a tiempo parcial: reformas en materia laboral y de Seguridad Social*, AL, n° 9, 2014, pp. 952 ss.

<sup>18</sup> Sobre esta coaptación del tópico de la conciliación se ha discutido ampliamente. Como referencia interesante, cabe citar a Knijn, T. y Smit, A., *Investing, facilitating, or individualizing the reconciliation of work and family life: Three paradigms and ambivalent policies*, Social Politics, vol. 16, n° 4, 2009, p. 485.

<sup>19</sup> Janus, A.L., *The gap between mothers' work-family orientations and employment trajectories in 18 OECD countries*, European Sociological Review, vol. 29, n° 4, 2013, p. 752.

guida pasan a desarrollarse, es claro que lanzan un mensaje nítido de que las madres “deberían” dedicarse al cuidado de los niños, pues en ese abandono del mercado de trabajo en principio temporal reside la normalidad<sup>20</sup>.

Del mismo modo, los modelos sociales tradicionalmente centrados en el hombre como proveedor de rentas y en la mujer centrada en la labor de cuidado de la familia producen que el salario y el nivel de empleo de las mujeres sean inferiores que los de los hombres, como puede comprobarse en el caso de los sistemas que responden al modelo “familiarista” de cuidado, tal y como ha sido descrito por G. ESPING-ANDERSEN<sup>21</sup>, con particular incidencia en los Estados mediterráneos.

Ya se ha aludido al carácter dinámico de las normas sociales, que interactúan en doble dirección con las políticas de conciliación, influenciándolas y siendo influidas por ellas. El caso de los permisos parentales constituye un ejemplo evidente. En efecto, si se plantean las consecuencias de distintos modelos teóricos, esta recíproca incidencia se comprueba fácilmente. Pueden contraponerse modelos sin apenas derechos de esta naturaleza con otros en los que existan, y de muy larga duración. Curiosamente, porque los extremos se tocan, las consecuencias de unos y otros pueden ser muy similares. De un lado, los sistemas con derechos de ausencia de muy larga duración producen la consecuencia de un elevado porcentaje de abandonos definitivos del mercado de trabajo y, en la medida en que no estén sostenidos por prestaciones de Seguridad Social que mantengan un aceptable nivel de ingresos, propician el modelo del hombre como único aportador de rentas. No en vano, y como va a analizarse posteriormente, el Acuerdo Marco sobre el permiso parental, anexo a la Directiva 2010/18/UE, de 8 marzo, tiene como uno de sus objetivos fundamentales el mantenimiento del contacto entre la empresa y el trabajador durante el permiso parental.

Pero, del mismo modo, la inexistencia de permisos o la excesivamente breve duración de los que se establezcan, produce asimismo brecha salarial y abandono femenino del mercado de trabajo. Aunque tales tendencias normativas pueden postularse en nombre de la lucha contra los estereotipos, provocan un conflicto mayor entre el trabajo y la familia derivado de la inexistencia de derechos de ausencia, que tiende a que las obligaciones extra-laborales repercutan en las labo-

---

<sup>20</sup> Budig, M.J., Misra, J. Y Boeckmann, I., *The motherhood penalty in cross-national perspective: The importance of work-family policies and cultural attitudes*, Social Politics, vol. 19, nº 2, 2012, pp. 165-6.

<sup>21</sup> Véase “Welfare States without work: the impasse of labour shedding and familism in continental European social policy”, en VV.AA. (ed. Esping-Andersen, G.) *Welfare States in transition. National adaptations in global economies*, United Nations Research Institute for Social Development (Trento, 1996) pp. 66 ss.

rales negativamente, hasta que dicho conflicto se vuelva insoportable. No es casualidad que algún sistema en el que se hayan seguido estas orientaciones –como es el caso más evidente de USA– asista a un vivo debate doctrinal acerca de si los estereotipos de género no son, hasta cierto punto, aconsejables<sup>22</sup>.

Parece, pues, que se hace otra vez verdad el aforismo de que *in medio virtus* y que debe postularse como mejor solución el permiso parental de duración moderada, que es el que menos repercusiones tiene en términos de incremento de la brecha salarial y de permanencia de la mujer con hijos de corta edad en el mercado de trabajo<sup>23</sup>. Y desde este prisma plantear la pervivencia del modelo de excedencia por cuidado de hijos tal y como se ha diseñado y desarrollado en el sistema español. No por casualidad, otros modelos próximos, que partían de derechos parecidos al nuestro en esta concreta materia, han evolucionado hacia una moderación de su duración y hacia una mejora de las prestaciones sociales que llevan asociadas, en una línea de convergencia con los mejores ejemplos comparados<sup>24</sup>.

Que la excedencia por cuidado de hijos se mantenga en los tres años de duración máxima sin derechos actuales de protección económica de Seguridad Social más allá de los derechos expectantes por la técnica de los períodos asimilados a cotización lanza un mensaje potente de corte “familiarista”. Produce un perjuicio evidente en las expectativas profesionales de las mujeres, refuerza desproporcionadamente los estereotipos de género, desprofesionaliza totalmente a quienes se acogen a ella en su duración máxima y provoca una tasa de abandono definitiva del mercado de trabajo muy fuerte. Es una lástima que los esfuerzos en 2007 no se centraran tanto en acortarla y dotarla de derechos actuales de Seguridad Social como en modularla y flexibilizarla algo. Sin despreciar esta modulación y flexibilización, claramente no se trataba de la principal urgencia, con el perjuicio añadido de que no se ha establecido ningún tipo de cuotas entre ambos progenitores. Desde luego, con la regulación del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores se consolida un modelo de “carrera maternal” con profunda huella, que preserva la figura del padre como principal –o único– aportador de rentas. Es decir, cualquiera que sean las convicciones sociales imperantes, la traducción normativa de las mismas consiste en una profunda división social del trabajo y de las tareas entre mujeres y hombres. Y, más allá de los sesgos sociales, es evidente que la normativa sobre excedencias causa perjuicios al salario, al empleo, a las condiciones de trabajo y a las perspectivas de promoción profesional de las mujeres trabajadoras.

---

<sup>22</sup> Suk, J.C., *Are gender stereotypes bad for women? Rethinking antidiscrimination Law and work-family conflict*, Columbia Law Review, vol. 110, n° 1, 2010, pp. 1 ss.

<sup>23</sup> Budig, M.J., Misra, J. y Boeckmann, I., *The motherhood penalty...*, cit., p. 168.

<sup>24</sup> Vg., Spiess, K. y Wrohlich, K., *The parental leave benefit reform in Germany: Costs an labour market outcomes of moving towards the Scandinavian model*, discussion paper n° 2372, IZA (Bonn, 2006)

Por otra parte, la posibilidad de acogerse a la excedencia por cuidado de hijos u otros familiares, tal y como está formulada, depende en última instancia de los recursos y del nivel de ingresos de la unidad familiar. Que su utilización sea más o menos intensa tiene no solo que ver con las normas sociales a las que se ha hecho referencia, sino también con la posibilidad real de prescindir de un ingreso en la unidad familiar. Por supuesto, la diversa configuración de la familia en sus distintas versiones diferentes de la tradicional, o incluso la baja tasa de fertilidad que existe en nuestro entorno constituyen otras variables que condicionan a la baja el disfrute de estos derechos parentales. No es casual que en otros sistemas de corte “familiarista” se han puesto de manifiesto todos estos elementos como determinantes en la toma de decisiones<sup>25</sup>.

También hay que aludir a las preferencias personales, en torno a las cuales se erigen las normas y se consolidan las convicciones sociales, en una relación de interdependencia mutua. La construcción social de los perfiles de género no es argumento suficiente para que no merezcan la máxima consideración dichas preferencias, si no quiere incurrirse en unas políticas paternalistas, por más que éstas se construyan a partir de valores aparentemente comunes. Partiendo de esta idea, aunque pueda parecer una simplificación, puede decirse que hay perfiles de personas más centradas en el cuidado de la familia y del hogar, otras más orientadas hacia el trabajo y otras de un sesgo más moldeable y adaptativo<sup>26</sup>. Si se acepta esta idea, a la hora de configurar sociedades y mercados de trabajo inclusivos en las que trabajar merezca la pena, se trataría de verificar los efectos de unas y otras políticas en los tres perfiles enunciados.

Parece obvio que los modelos que cabe calificar como “familiaristas” refuerzan las preferencias por el abandono del mercado de trabajo y, en este sentido, se adaptan convenientemente a los perfiles menos orientados hacia el desarrollo profesional. Con las condiciones evidentes de que existan niveles suficientes de cobertura económica para los permisos de muy larga duración o, en su defecto, unas redes públicas o privadas de mantenimiento económico del hogar. A medio camino, los sistemas que prevén permisos parentales más moderados, en principio, parecen menos proclives a propiciar ciertas conductas. Podría decirse de ellos que favorecen posturas adaptativas, de acogerse a ellos, frente a otros sistemas de adaptación horaria que promoverían en mayor medida el mantenimiento de las trabajadoras en la prestación de servicios, en combinación con la existencia de servicios suficientes de atención a niños y a personas dependientes.

No por casualidad, los modelos que se centran en la existencia de unos servicios públicos muy consolidados y de unos permisos parentales de duración razo-

---

<sup>25</sup> Janus, A.L., *The gap between mothers' work-family orientations...*, cit., p. 763.

<sup>26</sup> Utilizando la clasificación de JANUS, A.L., *op. cit.*, p. 753.

nable –en torno a un año- con unos subsidios de Seguridad Social altos pero que no se equiparan a los salarios que se perciben en activo –casos de los Reinos de Noruega y Suecia- favorecen el retorno masivo y no muy retardado de las mujeres al mercado de trabajo después de la maternidad. Por consiguiente, no solo los perfiles más proclives al desarrollo de sus carreras profesionales, sino otros más adaptativos, no demoran en exceso su regreso a la ocupación laboral. Y lo mismo puede decirse de otros sistemas que regulan con un sesgo algo más tradicional los permisos, pero que se acompañan de unos servicios públicos de calidad para la atención de los menores, como es el ejemplo finés<sup>27</sup>.

Por supuesto, hay otras variables que merecerían tomarse en cuenta, muy en particular la disponibilidad de trabajos a tiempo parcial suficientemente adaptables. En términos generales, puede decirse que los modelos están suficientemente contrastados como para poder prever sus efectos. A partir de ahí, la voluntad política será mayor o menor, a la hora de orientarse hacia sistemas de relaciones laborales que perjudiquen menos a las mujeres con hijos o con otras responsabilidades familiares. Pero está más allá de cualquier duda que el nuestro, en sus trazos más generales, no está en la órbita de los más adecuados.

Por otra parte, los comentarios anteriores dan la pauta de que el actual Acuerdo Marco sobre el permiso parental acierta en muchas de sus pautas fundamentales. En particular, cuando insiste en la necesidad de que se mantenga el contacto entre la persona que disfruta del permiso y la empresa durante su ausencia del trabajo, cuando incentiva el retorno temprano al puesto de trabajo o cuando recomienda el establecimiento de derechos de Seguridad Social vinculados a su disfrute. O también, al promover la existencia de cuotas de reparto entre ambos progenitores, en su caso. Más adelante se va a incidir sobre algunos de estos aspectos con más profundidad.

#### **1.4. La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en la intersección de la discriminación indirecta con la conciliación de la vida familiar y laboral**

Esta intersección apenas ha sido expresamente considerada por el Tribunal de Justicia. Sí en un aspecto concreto, como es el de derechos de contenido económico ligados a la jubilación reconocidos por los sistemas profesionales de Seguridad Social en atención a la dedicación a la crianza de hijos. Y, de forma tácita, ha sobrevolado el debate en torno al reconocimiento exclusivo o preferente de ciertos derechos a las trabajadoras en detrimento de los trabajadores. Sobre este tema, hay que citar, en primer lugar, el asunto *Lommers*<sup>28</sup>, un caso de gran trascendencia

---

<sup>27</sup> Datos al respecto en Janus, A.L., *op. cit.*, p. 763.

<sup>28</sup> Asunto C-476/99, sentencia de 19 marzo 2002. Sobre ella, Cabeza Pereiro, J., *El contenido del Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental*, AL, nº 4, 2012, pp. 405 ss.

porque supuso, de alguna manera, apartarte de antecedentes previos, al preocuparse claramente de los posibles efectos de normas favorables, pero que perpetuasen los roles tradicionales de las mujeres. Se trataba de la reserva de las plazas de guardería para hijos a las trabajadoras de una entidad pública, de tal forma que los trabajadores solo podrían acceder a ellas en caso de necesidad urgente. El Tribunal consideró adecuada esta regla, en su dimensión de medida compensadora de las desventajas de las mujeres en las carreras profesionales, y en seguimiento de la doctrina relativa a la posibilidad de introducir ese tipo de medidas. Pero no dejó de hacer alusión a ese riesgo de mantener visiones estereotipadas sobre los papeles de los hombres y las mujeres, por más que las circunstancias del caso lo decantaron a mantener la adecuación de la norma.

Como desarrollo lógico de esta sentencia, en el subsiguiente caso *Roca Álvarez*<sup>29</sup>, el Tribunal consideró contrario a la Directiva 76/207/CEE el art. 37.4 ET en su versión entonces vigente, al otorgar preferencia a la mujer en el disfrute del permiso por lactancia. Desechó el argumento de que pudiera constituir una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social. Y puso de relieve, citando el asunto *Lommers*, que la feminización del permiso “*puede [...] contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental*”.

La doctrina de ambas sentencias es clara, y evidencia la delgada línea divisoria entre medidas favorables y compensadoras para las mujeres y medidas que les causan un perjuicio en su condición de trabajadoras y en sus carreras profesionales. El Tribunal omite hacer referencia a la doctrina de la discriminación indirecta, pero la proximidad temática entre ambos tópicos es evidente, si se tiene en cuenta que, a la postre e intencionadamente o no, la medida aparentemente favorable irroga a las mujeres una consecuencia desfavorable. Formalmente, el sujeto perjudicado por la medida que excluía a los varones de plazas en guarderías para sus hijos o del disfrute del permiso de lactancia era el hombre, pero el riesgo evidente que ponen de manifiesto ambas sentencias es hacia el mantenimiento de unas reglas sociales tradicionales y desfavorecedoras de las mujeres en el mercado de trabajo.

Merece asimismo una breve referencia el asunto *Kiiski*<sup>30</sup>, referido al caso de una mujer que solicitó la extinción anticipada del permiso de cuidado de hijos a causa de un nuevo embarazo. Como quiera que le fue denegada, por tal motivo no pudo acceder a los beneficios derivados del permiso por maternidad. En consecuencia,

---

<sup>29</sup> Asunto C-104/09, sentencia de 30 septiembre 2010.

<sup>30</sup> Asunto C-116/06, sentencia de 20 septiembre 2007.

se planteó ante el Tribunal si una regla que excluyera el embarazo como una de las causas para modificar la duración del permiso por cuidado de hijos era contraria a la Directiva 76/207. El Tribunal, evidentemente, concluyó que sí lo era. Admitió que, dados los problemas que le genera a una empresa un permiso de esta naturaleza, era razonable regular de forma restrictiva las causas de modificación de su duración. Pero era igualmente legítimo que la persona beneficiaria del permiso pudiera solicitar una variación de sus circunstancias por acontecimientos sobrevenidos posteriores. El embarazo, entre ellos, impide a la madre cuidar adecuadamente del hijo desde el período inmediatamente anterior al parto. Por otra parte, la normativa controvertida contemplaba la enfermedad grave, el divorcio, el fallecimiento del hijo o del otro progenitor como motivos legítimos que permitían la modificación en la duración del permiso de cuidado. Lo cual se consideró como un tratamiento discriminatorio que solo puede afectar a las mujeres.

La sentencia *Kiiski* argumenta en términos de tratamiento discriminatorio, esto es, de discriminación directa. Pero sugiere un problema mucho más rico en matices, como es el de las restricciones a los cambios sobrevenidos en la duración de los permisos parentales y sus posibles efectos perjudiciales hacia las trabajadoras. Pueden sugerirse múltiples ejemplos, pero todos ellos conducen a la misma conclusión: unas reglas rígidas en torno a las condiciones de disfrute de tales permisos redundan en perjuicio de las que son en la gran mayoría de los casos sus beneficiarias, esto es, las trabajadoras. De tal modo que, si dichas rigideces no son convenientemente justificadas por la parte empresarial, habrán de considerarse como discriminaciones indirectas contrarias al art. 14.1 de la Directiva 2006/54/CE y al art. 6.2 de la LO 3/2007.

Y el otro tópico conocido por el Tribunal –donde sí que asoma expresamente la discriminación indirecta– se refiere a las ventajas ofrecidas en el acceso a la jubilación a las personas por el hecho de haberse dedicado a la crianza de los hijos –lo que se regula, en nuestro Derecho interno, en el art. 180 y concordantes de la Ley General de Seguridad Social–. Se trataría de una materia que, en nuestro sistema, dependería –salvo en el caso de las mutualidades de funcionarios– de la Directiva 79/7/CEE, del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Pero que, en otros sistemas como el francés, en la medida en la que se refiere a modelos profesionales de Seguridad Social, se reconduce al art. 157 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y a los arts. 5 ss., de la Directiva 2006/54/CE.

Sobre el particular, hay que partir del asunto *Griesmar*<sup>31</sup>. La bonificación controvertida en la pensión de jubilación, reservada a las mujeres y derivada de la con-

---

<sup>31</sup> Asunto C-366/99, sentencia de 29 noviembre 2001.

veniencia de compensar las desventajas profesionales derivadas del hecho de haber cuidado a los hijos, presuponía que eran ellas las que abandonaban sus trabajos para esa labor de cuidado. Y los hombres no podían beneficiarse, aunque acreditasen la dedicación de hecho a la crianza de sus descendientes. De lo cual concluyó el Tribunal que se había producido una infracción del principio de igualdad retributiva entre mujeres y hombres. Evidentemente, se trataba de un caso de disparidad de tratamiento, que implicaba una discriminación directa contra los varones, tal y como se había formulado. Sin perjuicio de que entrañaba, además y en el fondo, una clara discriminación de estereotipo desde el punto de vista de que presuponía el abandono del trabajo por parte de la mujer, a la que se le inducía de este modo a seguir unas pautas de conducta determinadas.

Como quiera que, a partir de la sentencia *Griesmar* la República de Francia hubo de modificar la legislación relativa a estos beneficios hasta entonces reservados a las funcionarias, se eliminó la diferencia de tratamiento entre hombres y mujeres, pero se planteó, subsiguientemente, un problema de discriminación indirecta, por efecto perjudicial hacia los varones. Se trata del asunto *Leone*<sup>32</sup>, en el que el funcionario co-demandante alegaba haber sufrido una discriminación indirecta contraria al art. 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. La norma controvertida concedía la bonificación a cualquier funcionario que pudiese acreditar una interrupción de actividad de una duración continuada al menos igual a dos meses que hubiera tenido lugar en el marco de un permiso de maternidad, de un permiso por adopción, de un permiso parental o de un permiso para el cuidado de un hijo menor o de una excedencia para cuidar de un hijo de menos de ocho años de edad. Sobre ella, entiende el Tribunal que, si bien “*es pacífico que tanto los funcionarios como las funcionarias pueden beneficiarse de tales posibilidades de interrupción de carrera en relación con un permiso por adopción, de un permiso parental, de un permiso por cuidado de un hijo menor, e incluso en relación con una excedencia por cuidado de un hijo menor de ocho años*”, ello no obstante, tal criterio “*lleva a la situación en la que la ventaja en cuestión beneficia a un porcentaje mucho más elevado de mujeres que de hombres*”. Ello es así, entre otros motivos, por el doble carácter preceptivo y feminizado del permiso de maternidad.

A partir de esta constatación sobre el impacto adverso hacia los trabajadores varones, el Tribunal desgrana una premiosa argumentación acerca de la posibilidad de justificar la regla que conduce a este resultado, en unos términos muy apegados al supuesto planteado y que no aportan demasiado al argumento que aquí se desarrolla. Concluye el Tribunal, en resumidas cuentas, que salvo que la medida se justificase por factores objetivos contrarios a toda discriminación por razón de sexo, y fuese necesaria y proporcionada, sería una medida discriminatoria indirecta en

---

<sup>32</sup> C-173/13, sentencia de 17 julio 2014.

materia retributiva entre trabadores y trabajadoras. Por lo demás, la sentencia finaliza cerrando la puerta a que este tipo de reglas pudiesen ampararse en el último apartado del actual art. 157 TFUE, como medidas compensadoras para favorecer a las mujeres por los perjuicios sufridos en sus carreras profesionales, pues no aporta remedio alguno para paliar estas desventajas.

En relación con este último aspecto, de nuevo se enuncia una doctrina restrictiva hacia el concepto de medidas compensadoras, que debe considerarse acertada en línea de principio. Bajo la cobertura de dicho pasaje introducido en el Tratado de Ámsterdam, han pretendido legitimarse medidas que no hacían otra cosa que amparar los estereotipos sexistas. Por otra parte, no está de más que se formule desde el Tribunal una doctrina restrictiva hacia la posibilidad de inclinar hacia las mujeres las normas de reconocimiento de derechos pasivos con base en el esfuerzo que han desarrollado en el cuidado de los hijos. Sobre todo, en una época en la que esta “moda” ha calado entre los legisladores internos de los Estados Miembros. No pocas de estas normas lanzan de nuevo el mensaje de la “normalidad” en abandonar el mercado de trabajo para la crianza de los hijos, a la vez que no se profundiza apenas en una mejora de los derechos de presencia y en los incentivos para un retorno no demasiado demorado al trabajo después de la experiencia de la maternidad.

Pero esta sentencia, como otras anteriormente comentadas se refieren casi siempre al caso del varón directa o indirectamente discriminado, como tema recurrente cuando de discriminación sexista se trata. No puede negarse que los hombres pueden sufrir una discriminación refleja por normas socialmente protectoras de la mujer, como conocemos por nuestra propia historia jurídica desde el clásico tema de las pensiones de viudedad<sup>33</sup>. Pero al Tribunal de Justicia le cuesta más elaborar un relato sobre las discriminaciones directas e indirectas que sufren las mujeres por su necesidad de conciliar la vida familiar y laboral. Está bien que se haya generado cierta prevención contra la imposición de normas sociales, lo cual supone un paso importante frente a criterios anteriores<sup>34</sup>. Pero falta un paso más importante, apenas insinuado cuando se declara la discriminación indirecta en relación con el trabajo a tiempo parcial, sobre todo en materias salariales, de condiciones de trabajo y de Seguridad Social. Incluso en estas últimas, el Tribunal es muy reacio a reconocer y valorar las trayectorias profesionales de las trabajadoras en su perspectiva dinámica, pues el trabajo a tiempo parcial, para ellas, es casi siempre un punto de llegada y no uno de partida<sup>35</sup>. Es decir, las obligaciones familiares de las

---

<sup>33</sup> Una recapitulación del tema en Alonso OleA, M., *Sobre la tendencia hacia el carácter asistencial de la protección de la viudedad*, RMTAS, n° 39, 2002, pp. 13 ss.

<sup>34</sup> Que pueden ilustrarse con el asunto *Hoffman*, 184/83, sentencia de 12 julio 1984.

<sup>35</sup> Véase, en este sentido, la poco acertada argumentación jurídica en el asunto C-527/13, *Cachaldora Fernández*, sentencia de 14 abril 2015.

trabajadoras producen que el trabajo a tiempo parcial no constituya un puente al trabajo a jornada completa, sino un refugio después de éste y a la vista de la inexistencia de otras posibilidades.

Quiere decirse, así pues, que es un tema prácticamente inexplorado el que debería ser más central: el cómo las medidas, decisiones o prácticas de empresa perjudican a un colectivo feminizado: el de las personas que ejercen las responsabilidades familiares, y cómo debería exigirse a las empresas que justificasen la imposibilidad o extrema dificultad de poner en marcha medidas de adaptación para ellas.

## 2. EL DERECHO A LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA

La cuestión de la conciliación de responsabilidades ha ido evolucionando en los últimos años de una manera particularmente interesante. El derecho a la conciliación actual trasciende claramente el mero derecho a los permisos parentales y se sitúa en un contexto bastante más extenso y complejo. El nuevo escenario requiere un nuevo planteamiento conceptual en el que el derecho a los permisos parentales deja de ser el centro de atención, y en el que el derecho a la presencia se erige como un nuevo objetivo en sí mismo. De hecho, los permisos parentales comienzan a ser instrumentos de actuación con dos caras: en tanto en cuanto pueden implicar la perpetuación de roles de cuidado en las mujeres pueden ser en sí mismos instrumentos causantes de discriminación. Así fue advertido por el propio TJUE en el asunto *Roca Alvarez (infra)* y así se infiere de la actual redacción de la Directiva de permisos parentales (Directiva 2010/18), que incluye entre sus objetivos el reparto de responsabilidades y apunta al reconocimiento de permisos parentales intransferibles.

Pero no siempre es fácil comprender este nuevo mensaje, que requiere perspectivas de análisis de gran amplitud susceptibles de suscitar aparentes contradicciones. Piénsese, por ejemplo, que en el nuevo escenario los permisos parentales no son necesariamente y en todo caso instrumentos adecuados de conciliación, al menos si no vienen acompañados del principio de corresponsabilidad; y que la cuestión de la conciliación conecta directamente con la brecha salarial (tanto en el apartado de las causas como de los efectos) porque la menor retribución femenina es factor determinante para la asunción de responsabilidades familiares. Piénsese, asimismo, que se abre un nuevo marco en el que el empresario no debe limitarse tan solo a tolerar el permiso parental por parte de quien en teoría lo asume voluntariamente, sino que también debe estar preparado para el caso de que las responsabilidades de cuidado sean asumidas por los hombres e incluso para alterar la organización empresarial a efectos de que se ajuste mejor a las necesidades de cuidado de los trabajadores/as. Nuevos sujetos de derechos, nuevas

finalidades y nuevos marcos de actuación, con instrucciones provenientes fundamentalmente de la Unión Europea, están empezando a sentar las bases de un nuevo sistema. Las nuevas reglas afectan no solo a las mujeres trabajadoras, sino también a todo el personal de la empresa, en tanto generan un nuevo marco organizativo.

Se advertirá que, tanto en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, como en sede constitucional española (conforme a la interpretación dada por el Tribunal Constitucional), puede concluirse en que existe un derecho real y efectivo del trabajador/a con responsabilidades de cuidado a la adaptación de su jornada, matizado y equilibrado, pero derecho al fin. Este derecho tiene que enfrentarse, sin embargo, a los obstáculos puestos, pese a su condescendencia y aparente amabilidad, por el legislador español. Tal confuso panorama normativo se resuelve con el criterio de la jerarquía normativa, que teóricamente debiera hacer decaer la ley ordinaria frente a la norma constitucional o de la Unión Europea. Sin embargo, una serie de factores han provocado que en España la situación adolezca de una notable inseguridad jurídica: de un lado, la redacción legislativa de los derechos de conciliación es rotunda con relación a los permisos parentales (por ejemplo, art. 37.6 ET), pero notablemente ambigua e imprecisa con relación a los derechos de adaptación de la jornada (art. 34.8 ET), que quedan configurados como derechos incompletos, condicionados a su reconocimiento por convenio colectivo o acuerdo entre las partes; de otro lado, el reconocimiento realizado por el Tribunal Constitucional del derecho a la conciliación de responsabilidades no se ha realizado por medio de una conexión concreta y clara con la prohibición de discriminación por razón de sexo, sino que se ha vinculado a otros derechos constitucionales, incrementando la inseguridad y fomentando la diversidad interpretativa, incluso dentro del propio Tribunal Constitucional (por ejemplo, SSTC 24/2011 y 26/2011); finalmente, el reconocimiento del derecho a la adaptación en el ámbito de la Unión Europea ha sido muy reciente (por ejemplo, cláusula sexta de la Directiva 2010/18), coincidiendo además con un momento de retroceso generalizado de las políticas sociales en España y en la misma Unión Europea, lo que da pie a inevitables contradicciones. Todos estos factores han provocado que la cuestión de la adaptación de la jornada se haya convertido en España en un espacio incómodo, controvertido y esencialmente inseguro para empresarios, trabajadores con responsabilidades y resto de trabajadores/as en la empresa. La norma legislativa española podría haber clarificado la cuestión pero ha preferido aumentar la ambigüedad por medio de manifestaciones rimbombantes sin efectividad jurídica (por ejemplo, el propio art. 34.8 ET) o incluso por medio de la subordinación de los derechos de conciliación a la estrategia empresarial (reducción de jornada “diaria” del art. 37.5 ET tras la reforma laboral operada por la ley 3/2012). A efectos de detectar estas contradicciones, las páginas que siguen se estructurarán en torno a tres ejes: el Derecho de la Unión Europea, el Derecho Constitucional español y la legislación ordinaria española.

## 2.1. El derecho a la adaptación de la jornada en la Unión Europea: más allá de una mera sugerencia

Cuando la Directiva 2010/18, de 8 de Marzo, sustituyó a la Directiva 96/34, de 3 de Junio, en el tratamiento de los permisos parentales, los cambios, aunque ciertamente simbólicos, parecían menores: el nombre de la Directiva seguía haciendo referencia a los permisos parentales, con lo que mantenía el centro de atención en el derecho a la ausencia; y el permiso parental para el cuidado de hijos/as menores de ocho años, apenas aumentaba de tres a cuatro meses. El reconocimiento de la vinculación entre el cuidado de hijos/as y la discriminación por razón de sexo realizado en los Considerandos de la Directiva 2010/18 (6, 8 y 24) parecía también bastante modesto dada su obviedad, aunque ciertamente la Directiva previa 96/34 ni siquiera se había manifestado al respecto de modo rotundo. Pero los aspectos más relevantes de la Directiva 2010/18 no son los que se refieren a estos aspectos tradicionales de la cuestión de la conciliación, sino aquellos que dan luz a una nueva dimensión de los derechos de conciliación: el fomento de la corresponsabilidad y el derecho a la adaptación de la jornada. Son las dos manifestaciones de un derecho a la conciliación que pretende el mantenimiento de la mujer en su trabajo, para lo cual propone la Directiva dos herramientas concretas: el reparto de las ausencias mediante la corresponsabilidad familiar y el derecho a la adaptación de la jornada. Para potenciar la corresponsabilidad familiar, la Directiva 2010/18 establece en su cláusula segunda que el permiso parental debe tender a ser intransferible, y que al menos un mes del mismo debe serlo. Para asegurar la adaptación de la jornada, la cláusula sexta de la Directiva 2010/17 establece que los empresarios deben “tomar en consideración” las solicitudes de adaptación de jornada realizadas por los trabajadores/as que retornan tras un permiso parental.

La redacción literal de la cláusula sexta, apartado primero, de la Directiva 2010/18 es la siguiente: *Para promover una mejor conciliación, los Estados miembros o los interlocutores sociales tomarán las medidas necesarias para velar porque los trabajadores, al reincorporarse del permiso parental, puedan pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un período determinado de tiempo. Los empresarios tomarán en consideración tales peticiones y las atenderán, teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores. Las modalidades del presente apartado se determinarán de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales.*

Las principales características de este precepto podrían sintetizarse del siguiente modo<sup>36</sup>:

---

<sup>36</sup> Han sido numerosos los estudios doctrinales realizados en toda Europa con relación al contenido y trascendencia de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. Portodos, CLAUWERT, “Towards a revised Parental Leave framework agreement/ directive”, *European Review of Labour and Research*, 16,

a) La cláusula sexta de la Directiva 2010/18 contempla un verdadero derecho/obligación, no una mera sugerencia o recomendación. Así se infiere de la expresión utilizada: “tomarán las medidas necesarias”. El sujeto obligado a adoptar tales medidas es el Estado miembro (como corresponde en el caso de cualquier Directiva) aunque es legítimo que el cumplimiento de la misma se deje en manos de los interlocutores sociales, siempre y cuando se garantice que queda protegida la totalidad de la población trabajadora. Esta transposición de las Directivas por medio de convenio colectivo es una posibilidad válida para cualquier Directiva de naturaleza laboral, y a ello se refiere la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. La referencia a la negociación no habilita, pues, para tratamientos peyorativos o no suficientemente garantistas respecto a lo establecido en la Directiva. En todo caso la obligación configurada debe entenderse referida, siquiera residualmente en los casos de falta de convenio, al Estado. No obsta a lo expuesto lo establecido en la última frase de la cláusula sexta, apartado primero, de la Directiva 2010/18, que refiere la posibilidad de “modalidades” de desarrollo de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o los usos nacionales. Y ello porque lo que resulta admisible para el Estado miembro son simplemente modalidades de transposición, sin que pueda alterarse por tanto el contenido del derecho establecido en la cláusula sexta en los términos que seguidamente se exponen.

b) El objeto material del derecho que los Estados miembros deben garantizar es el que guarda relación con “cambios en sus horarios o regímenes de trabajo durante un periodo determinado de tiempo”. Tal y como está formulado, el derecho a garantizar no es uno u otro (cambio en el horario, de un lado; o cambio en su régimen de trabajo, de otro), sino ambos. En efecto, la cláusula sexta establece que los trabajadores/as deben poder *pedir cambios en sus horarios o regímenes de trabajo*, lo cual parece querer decir que el Estado debe garantizar la posibilidad de ambos cambios, para que el trabajador elija. La pregunta que puede surgir es si el Estado miembro cumpliría suficientemente lo establecido en la cláusula sexta de la Directiva si estableciera simplemente el derecho del trabajador/a con dependientes a cargo a la reducción de jornada. A mi juicio, la Directiva quiere referirse en la cláusula sexta a un derecho de ajuste tras el retorno de un permiso parental diferente al de la reducción de jornada, dado que el permiso parental “a tiempo parcial” constituye un permiso parental en sí mismo (cláusula 3.a de la Directiva 2010/18). Parece, en cambio, que los cambios a los que tiene derecho el trabajador/a reincorporado tras un permiso parental son un derecho de ajuste sin repercusiones

---

2010, pág.431-435; Sechi, “Il nuovoaccordoquadro sui congediparentali in Europa: analisi del processonegozialetra le partisocialieuropee”, *Sindacalismo*, 8, 2009, pág. 47-76 ; Palma Ramalho , Foubert And Burri, *The Implementation of Parental Leave Directive 2010/18 in 33 European Countries*, Publications Office of the European Union, 2014, pág. 1-4 [http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/parental\\_leave\\_report\\_final\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/parental_leave_report_final_en.pdf)

en la duración de la jornada ni, por tanto, en las percepciones económicas. Así, el cambio de horario se referiría a la alteración de las horas de entrada y salida, mientras que el ejemplo más claro de cambio en el régimen de trabajo sería el cambio de turno. Otros cambios que podrían considerarse incluidos en el régimen de trabajo susceptible de ser alterado conforme a la cláusula sexta, podrían ser la jornada intensiva/partida, el disfrute de los descansos semanales o el régimen de descansos durante la jornada. Incluso podría alcanzar al régimen de disfrute de los permisos reconocidos. En todo caso, parece referirse el precepto de la Directiva a derechos de adaptación de la jornada puros, o sea, sin repercusión en la duración de la jornada de trabajo ni en su remuneración. Ello sin perjuicio de que un ordenamiento que permitiera la conjunción de permisos parentales a tiempo parcial y los ajustes de jornada estaría mejorando lo establecido en la Directiva y, por lo tanto, sería legítimo.

c) La cláusula sexta establece que los empresarios “tomarán en consideración” las solicitudes al respecto de sus trabajadores/as. Esta formulación no configura un derecho absoluto del trabajador/a al disfrute del ajuste solicitado, en los términos en que lo haya hecho, sino simplemente un derecho a ser escuchado y replicado, lo cual requiere, al menos, por parte del empresario una motivación de su negativa. Podría entenderse incluso, en aplicación de las reglas de la buena fe, que el empresario debiera además ofrecer alguna alternativa, aunque todo ello debe quedar matizado por las circunstancias concurrentes en cada caso, particularmente por las posibilidades efectivas de las que disponga la empresa y por los términos en que se hubiera planteado la solicitud de ajuste por el trabajador/a. En todo caso, la necesidad de motivación de la negativa empresarial ante la solicitud de ajuste del trabajador/a parece un contenido indudable de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. De hecho así lo ha interpretado la Comisión Europea en las Observaciones presentadas ante la presentación de la Cuestión Prejudicial C-351/14 procedente de un Juzgado español<sup>37</sup> (*Asunto Rodríguez Sanchez*) en cuyo párrafo 38 puede leerse lo siguiente: *La Comisión considera que las obligaciones que de la cláusula 6, apartado 1 del Acuerdo Marco revisado derivan para el empleador han de preverse en el derecho nacional. De no preverse la obligación del empleador de, en particular, atender las peticiones de los trabajadores (“y réponde” o “respond to”, en las versiones francesa e inglesa), se privaría a dicha disposición de su efecto útil. El empleador ha de quedar obligado a responder a las peticiones de los*

---

<sup>37</sup> La Comisión Europea tiene competencia para presentar observaciones escritas ante el planteamiento de cuestiones prejudiciales, conforme a lo establecido en el párrafo segundo del artículo 23 del protocolo sobre el estatuto del Tribunal de Justicia. En este caso, las Observaciones fueron realizadas ante la presentación de una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona (por Auto de 15 de Julio de 2014) que planteaba la posible inadecuación del ordenamiento español a la cláusula sexta de la Directiva 2010/18.

*trabajadores, no necesariamente para acogerlas, pero sí para motivar su eventual negativa.* En este caso las versiones inglesa y francesa configuran el derecho establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 de una manera mucho más clara que en la versión española, que probablemente debiera haber utilizado también el verbo “responder” en lugar de la notablemente más ambigua expresión de “tomar en consideración”.

d) El aspecto más tibio de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 surge en relación al momento temporal en que el derecho a la adaptación de la jornada puede ser solicitado por el trabajador/a. La Directiva no se atreve a definir su alcance de una manera autónoma de los permisos parentales, por lo que lo establece tan solo para aquellos trabajadores/as que se reincorporen tras un permiso parental. De este modo se limita considerablemente el alcance del derecho a la adaptación. Efectivamente, la cláusula sexta no resulta aplicable cuando la trabajadora se reincorpora inmediatamente al trabajo tras el permiso de maternidad, y tampoco cuando el trabajador/a no hubiera disfrutado de un permiso parental previo. Ello afecta en mayor proporción a los hombres dado que suelen acceder en menor medida a los permisos parentales. Este requisito llega al absurdo de obligar al trabajador/a a acceder a un permiso parental, aunque no lo necesite, para así poder enlazar con la adaptación de la jornada que establece la cláusula sexta de la Directiva 2010/18.

La siguiente cuestión que la aplicación de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 puede plantear es la de su eficacia directa horizontal, entendiendo por tal la posibilidad de que el precepto de la Directiva incumplido por la normativa interna de un Estado miembro sea directamente aplicado por el juez nacional. En el caso de la cláusula sexta de la Directiva, su contenido y alcance concreto están formulados con la suficiente concreción como para posibilitar su aplicación directa, por lo que queda solventado el primero de los obstáculos. Queda, sin embargo, por determinar si el juez nacional puede aplicar la cláusula de la Directiva incumplida por la legislación del Estado miembro en un conflicto entre particulares. Efectivamente, resulta claro que, si el sujeto contra el que se reclama la aplicación de una Directiva contraria a la legislación interna es el propio Estado, actuando como Poder Público o como empleador<sup>38</sup>, la Directiva dispondrá de eficacia directa vertical, por lo que procederá su aplicación directa y preferente frente a lo establecido en la legislación interna<sup>39</sup>. Pero la cuestión de la eficacia directa horizontal de las Directivas (entre particulares) no está resuelta con carácter general para todas las

---

<sup>38</sup> Un análisis crítico general de esta eficacia directa vertical, que califica de “eficacia incidental”, por Dougan, M, “The disguised vertical effect of Directives”, *The Cambridge LawJournal*, 59, 2000, pág. 586-612

<sup>39</sup> Sintetizando esta doctrina, con referencia a las sentencias anteriores al respecto, STJUE de 10 de Mayo de 2011, Asunto *Römer*, c-147/08

temáticas. En realidad, el efecto directo horizontal de las Directivas es un fenómeno de carácter extraordinario<sup>40</sup>, que constituye una extrapolación de la doctrina de la aplicación directa horizontal de los Tratados (Derecho originario de la Unión Europea), que se estableció en los primeros años de vida de la Comunidad Europea. La extensión más rotunda de la eficacia directa horizontal de las Directivas se produjo en el ámbito de la discriminación por razón de sexo, lo que tenía explicación porque la prohibición de discriminación retributiva se contenía en el art. 119 del Tratado de Roma (actual art. 157 TFUE)<sup>41</sup>. Más adelante, cuando se formularon en el Tratado de Amsterdam las causas de discriminación prohibidas de nueva generación (etnia, edad, discapacidad, religión, convicciones y orientación sexual, en el actual art. 19 TFUE) la eficacia directa horizontal de las Directivas antidiscriminatorias se expandió también a ellas<sup>42</sup>. Pero esta expansión material de la eficacia directa horizontal tiene un alcance limitado a aquellas Directivas que conectan directamente con derechos reconocidos en el derecho originario de la Unión Europea (Asunto *Defrenne*) o, al menos, con un “principio general del derecho comunitario” (Asunto *Mangold*).

Llegados a este punto, la cuestión de la eficacia directa horizontal de la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 se enfrenta inevitablemente a dos cuestiones: la vinculación del derecho a la conciliación de responsabilidades con la discriminación por razón de sexo; o, subsidiariamente, su naturaleza de principio general del derecho. En cualquiera de ambos casos procedería la eficacia directa horizontal. A nuestro juicio, el derecho a la conciliación de responsabilidad es un derecho vinculado a la prohibición de discriminación por razón de sexo y, además, tiene naturaleza de principio general del derecho de la UE, por lo que le corresponde dicha eficacia directa horizontal. Efectivamente, está vinculado a la discriminación por razón de sexo porque así se expone expresamente en los Considerandos de la Directiva 2010/18<sup>43</sup> y porque el TJUE ha establecido expresamente esta conexión en varias ocasiones (por ejemplo, en el asunto *Roca Alvarez*<sup>44</sup>). Y podría ser considerado un principio general del derecho de la Unión Europea por estar expresamente

---

<sup>40</sup> Un comentario acerca de la doctrina de la eficacia directa horizontal de las Directivas en Dougan, M., “When worlds collide! Competing visions of the relationship between direct effect and supremacy”, *Common market law review*, 44, 2007, pág. 931-967

<sup>41</sup> Desde el Asunto *Defrenne*, STJUE de 8 de Abril de 1976, C-43/75. Utilizaré con carácter general el término TJUE para referirme al órgano jurisdiccional de la Unión Europea, independientemente de que sea el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

<sup>42</sup> Por todos, STJUE de 22 de Noviembre de 2005, asunto *Mangold*, C-144/04; y STJUE de 19 de Enero de 2010, asunto *Kücükdeveci*, C-555/07

<sup>43</sup> Aparece en bastantes considerandos de la Directiva 2010/18 la conexión entre el cuidado y la igualdad entre hombres y mujeres. Por ejemplo, considerandos 2, 3, 8, 12, 16, 20 o 24.

<sup>44</sup> En la STJUE de 30 de Septiembre de 2010, asunto *Roca Alvarez*, C-104/09, el TJUE estableció que los permisos parentales debían quedar configurados de modo que no perpetuarán roles de cuidado en la población femenina, porque de ser así constituirían discriminación por razón de sexo,

recogido en el art. 33 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea el derecho a la protección de la familia y a los permisos parentales<sup>45</sup>. Ciertamente, el TJUE ha negado recientemente la eficacia directa horizontal en el caso de derechos reconocidos en la Carta cuando no tuvieran suficiente concreción en la Directiva de referencia (Asunto *Association de médiation sociale*)<sup>46</sup>. Pero la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 tiene una formulación mucho más precisa que la que dio lugar a este pronunciamiento del TJUE. En definitiva, el derecho a la adaptación de la jornada establecido en este precepto de la Directiva de permisos parentales no solo resulta de obligado cumplimiento para los Estados miembros (como lo establecido en cualquier otra Directiva) sino que también resulta aplicable directamente por los jueces internos, incluso en los conflictos entre particulares, porque dispone de eficacia directa horizontal.

El derecho a la adaptación de la jornada contenido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 no es un fenómeno aislado. De hecho, a poco que nos aproximemos al modo en que las instituciones europeas están tratando el tema de la conciliación podemos advertir la existencia de un nuevo enfoque que refuerza el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, advirtiendo además del peligro de que las políticas de conciliación sin filtros de corresponsabilidad tengan contenido discriminatorio por perpetuar roles de cuidado. Más arriba ya se ha hecho referencia a la cláusula segunda de la Directiva 2010/18, que establece como objetivo la intransferibilidad de los permisos parentales, y a la doctrina establecida por el TJUE en el asunto *Roca Alvarez*, que configura la obligación de que los permisos parentales no queden configurados como prerrogativas preferentemente femeninas para combatir el riesgo de que constituyan actos discriminatorios en sí mismos por perpetuar roles de cuidado en el colectivo femenino. Pero existen además otras interesantes referencias a la cuestión que evidencian la nueva perspectiva: De un lado, en la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015<sup>47</sup> se establece como acción clave la reducción en las diferencias en el acceso a los permisos parentales entre hombres y mujeres. Se establece al respecto que la Comisión *evaluará las disparidades persistentes en relación con los permisos por motivos*

---

<sup>45</sup> Artículo 33 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: *Vida familiar y vida profesional. 1. Se garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social.*

*2. Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño.*

<sup>46</sup> Así sucedió en la STJUE de 15 de Enero de 2014, asunto *Association de médiation sociale*, C-176/12, con relación al art. 27 de la Carta y a la Directiva 2002/14 en materia de derechos de información y consulta de los trabajadores y sus representantes

<sup>47</sup> Estrategia para la igualdad entre las mujeres y los hombres 2010-2015. Comunicación de la Comisión. Bruselas 21-9-2010. COM (2010) 491 Final

*familiares, como el permiso de paternidad y el permiso para cuidados y las posibilidades de reducirlas.* Asimismo, el mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo, preferentemente de las mejor cualificadas, se eleva a objetivo estratégico empresarial económico de primer orden. Efectivamente, en el texto anexo a la Directriz séptima de las Directrices integradas para las políticas económicas de los Estados miembros 2010-2014<sup>48</sup> se establecía lo siguiente: *...Las medidas de conciliación de la vida personal y la vida laboral deberán conjugarse con la oferta de servicios sociales asequibles y con innovaciones en la organización del trabajo a fin de aumentar los índices de empleo, especialmente entre los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y las mujeres, procurando, en particular, que las mujeres altamente cualificadas en los ámbitos técnico y científico no abandonen sus empleos.* Ciertamente, el fomento del mantenimiento de las mujeres en sus puestos de trabajo debiera generalizarse a todo tipo de actividades y no solo a aquellas de alta cualificación. Y en todo caso, debiera ser un fin en sí mismo, sin quedar vinculado a su funcionalidad económica. En cualquier caso, y visto el actual retroceso generalizado en las políticas sociales, esta formulación no deja de tener un interés indudable en el reforzamiento de la nueva perspectiva de la conciliación.

## **2.2. El derecho a la adaptación de la jornada en el texto constitucional español: el significado del derecho a la conciliación como derecho de dimensión constitucional**

La cuestión del tratamiento constitucional de un eventual derecho a la adaptación de la jornada por conciliación tiene como punto de referencia obligado lo establecido en la STC 3/2007, de 15 de Enero. Esta sentencia resolvió el recurso de amparo planteado por una trabajadora a la que se le había denegado por parte de su empresa una solicitud de reducción de jornada por la vía del art. 37.5 ET consistente en pasar de una jornada a tiempo completo en turnos rotatorios de mañana y tarde, de lunes a sábado, a una jornada a tiempo parcial en turno fijo de tarde, de lunes a miércoles. Era, pues, una reclamación de adaptación de jornada que se adhería al derecho a la reducción de jornada establecido en el art. 37.5 ET que se configura en el art. 37.6 ET como un derecho cuya determinación en el tiempo concreto corresponde al trabajador/a. La sentencia del Tribunal Constitucional consideró que la cuestión planteada tenía una dimensión constitucional que fue alegada en su momento por la trabajadora y que no fue siquiera considerada por el juzgador de instancia. Salvando las distancias, esta “dimensión constitucional” del derecho a la conciliación reconocido por la STC 3/2007 recuerda bastante el derecho a la acomodación razonable

---

<sup>48</sup> Aprobadas por Recomendación del Consejo de 27 de Abril de 2010 sobre Directrices Integradas generales para las políticas económicas de los estados miembros y de la Unión. SEC (2010) 488 final. En el momento en que se redactan estas líneas no se han aprobado todavía las Directrices integradas que debieran sustituir o prorrogar las establecidas en las Orientaciones correspondientes al periodo 2010-2014.

(*reasonable accomodation*) que forma parte del contenido de los principios anti-discriminatorios de los países anglosajones del *common law*, y que ha llegado a integrarse en el contenido del derecho a la no discriminación de los discapacitados en la Directiva 2000/73<sup>49</sup>. Ciertamente en el ordenamiento español (como en el resto de los ordenamientos continentales<sup>50</sup>) el derecho a la acomodación razonable no se encuentra tan normalizado como en los derechos anglosajones del *common law*<sup>51</sup> y existe la conciencia generalizada de que tan solo debe aplicarse cuando queda expresamente establecido así en la ley<sup>52</sup>. En sede constitucional el derecho a la acomodación razonable se ha planteado tan solo en la década de los 80 con relación a la libertad religiosa. Como se sabe, en aquella ocasión el Tribunal Constitucional negó que existiera un derecho del trabajador/a a que el empresario ajustara la organización empresarial del tiempo de trabajo en torno a sus convicciones religiosas<sup>53</sup>. En la STC 3/2007, sin embargo, el Tribunal Constitucional adopta una postura de equilibrio entre dos derechos (libertad de empresa y derecho a la conciliación) que reproduce los análisis de proporcionalidad que suelen llevar ínsitos los supuestos de acomodación razonable que se plantean en los ordenamientos anglosajones.

Pero el principal obstáculo a la efectividad de lo establecido en la STC 3/2007 no fue su escasa claridad. Curiosamente, su principal obstáculo fue el propio Tribunal Constitucional. Efectivamente, cuatro años más tarde el TC confirmó lo establecido en la STC 3/2007 por medio de la STC 26/2011, de 14 de Marzo. Esta sentencia de 2011 optó por reconocer un derecho a la no discriminación por razón de conciliación de responsabilidades (otra adaptación de tiempo de trabajo), que derivaría de la cláusula residual abierta del art. 14 CE (que prohíbe la discriminación por cualquier otra circunstancia personal o social) en conexión con la protección a la familia establecida en el art. 39 CE<sup>54</sup>. El problema es que el mismo día 14 de

---

<sup>49</sup> Por ejemplo, artículo 5 de la Directiva 2000/78, de 27 de Noviembre de 2000. También se contiene el derecho a la acomodación razonable de los discapacitados en la Convención de Derechos de la persona con discapacidad, aprobado por la ONU el 13 de Diciembre de 2006

<sup>50</sup> Sobre la inclusión del derecho a la acomodación razonable en el derecho antidiscriminatorio del *common law* y la falta de conciencia al respecto en los ordenamientos con derecho civil, Comandé, "Discrimination and reasonable accomodation: insights for a (non) zero sum game", *Opinio Juris in Comparatione*, vol 2, 2010, paper n.2

<sup>51</sup> Por ejemplo, con relación a la libertad religiosa, Kelly, "Accommodating religious expression in the work place", *Employ Respons Rights*, 45-46, 2008

<sup>52</sup> El derecho a la acomodación razonable tan solo existe en el ordenamiento español para el colectivo de discapacitados, en el art. 40.2 del R.D. Legislativo 1/2013, de 29 de Noviembre

<sup>53</sup> STC 19/85, de 13 de Febrero

<sup>54</sup> Un análisis de esta doctrina jurisprudencial por Fernandez López, "Conciliación de la vida familiar y laboral: una visión constitucional", en Cardona Rubert (Coord), *Medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar. Hacia un respeto igualitario de las reformas*, Albacete, 2009. También por De La Puebla Pinilla, "El papel de la jurisprudencia en la construcción de la igualdad entre trabajadoras y trabajadores", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 13, 2009

Marzo el propio Tribunal Constitucional pareció llegar a conclusión diferente en su STC 24/2011, que resolvió el recurso de amparo planteado por una trabajadora a la que se había denegado un cambio de turno por razones de cuidado familiar que había solicitado con sustento en el art. 34.8 ET (derecho genérico a la conciliación cuya efectividad queda condicionada a lo que establezca el convenio o el acuerdo). El TC desestimó en este caso el recurso de amparo por considerar, primero, que no era trasladable la STC 3/2007 por tener sustento normativo diferente (art. 37.5 y 37.6 ET en la STC 3/2007; y art. 34.8 ET en la STC 24/2011); y, segundo, que el juez de instancia en el supuesto que dio lugar a la STC 24/2011 sí que había tomado en consideración la dimensión constitucional del derecho a la conciliación reconocido en la STC 3/2007, y que pese a todo, en ese caso concreto, estaba justificada la negativa empresarial. Normalmente suelen contraponerse ambas sentencias para llegar a la conclusión de que el alcance del derecho a la conciliación no es un tema pacífico ni siquiera para el propio Tribunal Constitucional<sup>55</sup>. Pero aun estando de acuerdo en que el tema es confuso y en que ciertamente las sentencias del TC sobre la materia podían haber sido más rotundas, todo parece indicar que el principal culpable de la situación es el legislador interno. Y probablemente no exista una contradicción tan evidente entre la STC 24/2011 y la STC 26/2011 ya que, en todo caso, la doctrina de esta última (y la de su antecedente, la STC 3/2007) queda intacta.

Efectivamente, la doctrina del Tribunal Constitucional en su STC 3/2007, ratificada por la STC 26/2011, no implica que el derecho a la adaptación de la jornada por conciliación sea un derecho prevalente<sup>56</sup> frente a otros derechos constitucionales en general, y frente al derecho a la libertad de empresa en particular, pero significa que el derecho a la conciliación en general se sitúa, al menos, al mismo nivel que estos derechos. No hay problema con relación a los derechos específicos a la conciliación que nuestro ordenamiento configura como prevalentes por aplicación de lo establecido en el art. 37.6 ET (derecho del trabajador/a a concretar el

---

<sup>55</sup> En su sentencia de 19 de Julio de 2012 (rec. 3387/2011), el Tribunal Supremo aun sin entrar en el fondo del asunto por no concurrir contradicción, manifestó que existía discordancia en el alcance de las SSTC 24/2011 y 26/2011, por lo que resultaba complejo identificar el alcance concreto del derecho a la conciliación de responsabilidades en su vertiente de derecho de adaptación.

<sup>56</sup> Y ello a pesar de que dicha prevalencia parezca venirle atribuida en la propia STC 3/2007, en la que puede leerse lo siguiente: ... *la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 LET y, en general, la de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida familiar y laboral de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde el mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa*. Esta prevalencia del derecho a la conciliación atribuida por el Tribunal Constitucional es sinónimo de relevancia pero obviamente no implica preferencia jerárquica frente a otros derechos de relevancia constitucional

momento de disfrute del permiso de lactancia o de la reducción de jornada). Pero en el caso de la adaptación de la jornada, que es otra vertiente del derecho a la conciliación al que no se le aplica la prevalencia del art. 37.6 ET, su alcance concreto no viene determinado por la ley sino directamente por la Constitución. Esta formulación obliga a tener al derecho de conciliación permanentemente presente a la hora de valorar la legitimidad constitucional de las prerrogativas empresariales al respecto que, de este modo, deben estar siempre sometidas en su alcance al juicio de razonabilidad que exige la confrontación de derechos constitucionales. Resulta evidente la gran similitud de esta interpretación con lo establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. Este precepto de la Directiva no establece el derecho a la adaptación como un derecho prevalente frente al empresario, sino sencillamente como un derecho a “tener en cuenta”, que requiere motivación por parte del empresario. Probablemente lo mismo querían decir las sentencias del Tribunal Constitucional 3/2007 y 26/2011 cuando establecieron que el derecho a la conciliación en su vertiente de derecho de adaptación era un derecho de dimensión constitucional que tenía que haberse tomado en consideración por parte del juez de instancia. En realidad, parece que lo que hace el Tribunal Constitucional es requerir al juez que le pida explicaciones al empresario y que resuelva el conflicto como una contraposición de intereses sustentados por respectivos derechos constitucionales.

### **2.3. La indolencia del legislador español: inmovilismo, instrumentalización y propaganda**

La única referencia a eventuales prerrogativas de adaptación de la jornada por razones de conciliación que existe en nuestro ordenamiento se contiene en el art. 34.8 ET, cuyo tenor literal es el siguiente: *El trabajador tendrá derecho a adaptar la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario respetando, en su caso, lo previsto en aquélla.* En una segunda frase, introducida por el art. 9 de la ley 3/2012, de 6 de Julio (de reforma laboral) se establece lo siguiente: *A tal fin, se promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.* Debe destacarse que esta segunda frase no constaba en la primera versión de la reforma laboral, la que tuvo lugar por medio del RD Ley 3/2012, de 10 de Febrero. De hecho apareció súbitamente en el momento de la formalización legal en julio del Real Decreto Ley de la reforma laboral, tal vez por la mala conciencia del legislador, que había incrementado las prerrogativas empresariales y había olvidado sus repercusiones en el colectivo de personas con responsabilidades de cuidado. En todo caso, la incorporación de esta segunda frase no tiene ninguna relevancia. Tan solo indica que “se promoverá” (sin indicar por parte

de quién) la utilización de una serie de instrumentos de organización empresarial (jornada continuada, horario flexible y otros mecanismos para facilitar la compatibilidad entre la conciliación y la productividad empresarial). Es todo un compendio de buenas intenciones sin contenido normativo<sup>57</sup>.

Pero tampoco la primera frase del art. 34.8 ET, que en su momento fue introducida por la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva (Ley 3/2007, de 22 de Marzo, LOIE), parece que reconozca ningún derecho de adaptación de la jornada más allá de la mera posibilidad de que se haga por convenio colectivo o por medio de pacto con la empresa, lo que en todo caso es posible aun sin el art. 34.8 primer párrafo ET. El propio Tribunal Constitucional ha establecido que el 34.8 ET no configura ningún derecho de adaptación en beneficio del trabajador si no se establece así en convenio o pacto<sup>58</sup>. También lo ha establecido así el Tribunal Supremo<sup>59</sup>. En los años inmediatamente posteriores a la LOIE buena parte de la doctrina interpretó que el art. 34.8 ET tenía entidad propia y que su virtualidad no era meramente remisoría<sup>60</sup>, aunque otra parte también consideró que no tenía aplicabilidad directa<sup>61</sup>.

En realidad la cuestión del “derecho” a la adaptación de la jornada por conciliación no se encuentra en el ordenamiento español en el art. 34.8 ET sino directamente en la Constitución Española (SSTC 3/2007 y 26/2011, *supra*). Sucede, sin embargo, que la vinculación directa a la Carta Magna y la escasa rotundidad de aquellas sentencias del Tribunal Constitucional han configurado un panorama aplicativo con notables contradicciones, amplificadas por el hecho de que las cuestiones de conciliación de responsabilidades deben formularse por medio del procedimiento especial del art. 139 LRJS que no admite recurso<sup>62</sup>.

Debe señalarse, no obstante, que los derechos de conciliación vinculados a los derechos de ausencia quedan debidamente reconocidos en el ordenamiento español,

---

<sup>57</sup> Comenté el alcance de este añadido realizado por la Ley 3/2012 en el art. 34.8 ET en Ballester Pastor, “El irreconocible derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades en la Ley 3/2012”, en VVAA (Coord. Baylos Grau), *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Albacete, 2012, pág. 203

<sup>58</sup> STC 24/2011, de 14 de Marzo

<sup>59</sup> Por ejemplo, SSTC de 13 de Junio de 2008 (rec. 897/07), o de 25 de Mayo de 2009 (rec. 2286/08).

<sup>60</sup> Por todos, Velasco Portero, “El derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo”, en VVAA (Dir. Garcia Ninet), *Comentarios a la ley de igualdad*, Bilbao, 2007, pág. 63 ss; Rodríguez Pastor, “Tiempo de trabajo tras la reforma operada por la LOI”, en VVAA *Los aspectos laborales de la ley de igualdad*, Valencia, 2007, pág. 101; Molero Marañón, “Derechos de conciliación y tiempo de trabajo”, *Documentación Laboral*, 82, 2008, pág. 62. También lo interpretamos así entonces Sala Franco y Ballester Pastor, *Reducción y adaptación de la jornada por conciliación*, Valencia, 2009, pág. 53

<sup>61</sup> Gonzalez-Posada Martinez y Robles Cifuentes, *Los aspectos laborales de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres*, Navarra, 2007, pág. 53

<sup>62</sup> Entre otras, STS de 3 de Diciembre de 2013 (rec. 775/2013)

incluso con una preferencia clara en beneficio del trabajador/a tal y como se establece en el art. 37.6 ET<sup>63</sup>, que le otorga no solo el derecho al permiso de lactancia y de reducción de jornada, sino también el derecho a la determinación del momento de su disfrute. Pero el art. 37.6 ET no se aplica a la cuestión de la adaptación de la jornada contemplada en el art. 34.8 ET. No cabe salvar este obstáculo extendiendo la preferencia del trabajador/a establecida en el art. 37.6 ET a eventuales adaptaciones de tiempo de trabajo que se vincularan a la reducción de jornada del art. 37.5 ET porque el derecho a la reducción de jornada establecido en este precepto es puro y no lleva aparejado derecho alguno a la adaptación de jornada (por ejemplo, por medio de cambio de horario o del sistema de trabajo a turnos): El TS ha sido rotundo al respecto<sup>64</sup>.

Así las cosas, el legislador español obvia la existencia de un derecho general a la conciliación, más allá de las concretas manifestaciones establecidas, por ejemplo en el art. 37.4 (lactancia) y 37.5 ET (reducción de jornada). Ciertamente las prerrogativas establecidas en el ET a favor del trabajador/a con responsabilidades familiares disponen de una protección especial (art. 37.6 ET) frente a la organización empresarial. Pero ello no implica que no existan otros derechos de ajuste o acomodación, cuyo alcance tendrá que ser determinado en cada caso por el trabajador/a y cuya prevalencia frente al empresario/a tendrá que analizarse también caso por caso. Esta es la única conclusión posible tras la STC 3/2007 y la cláusula sexta de la Directiva 2010/18. Sin embargo, la formulación del art. 34.8 ET otorga una falsa idea de seguridad o intangibilidad para el empresario/a, puesto que reconoce un derecho a la conciliación de responsabilidades que tan solo parece operar cuando se prevea en convenio o se acuerde con el empresario/a. Todo ello está provocando

---

<sup>63</sup> Art. 37.6 ET: *La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas. El trabajador, salvo fuerza mayor, deberá preavisar al empresario con una antelación de quince días o la que se determine en el convenio colectivo aplicable, precisando la fecha en que iniciará y finalizará el permiso de lactancia o la reducción de jornada. / Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción social a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.*

<sup>64</sup> Esta doctrina del TS se formuló por primera vez en la STS de 13 de Junio 2008 (rec. 897/2007) y se ha reiterado en sentencias posteriores: SSTs de 20 de Mayo de 2009 (rec. 2286/2008), de 19 de Octubre de 2009 (rec. 3910/2008) o de 24 de Abril de 2012 (rec. 3090/2011). En los TTSSJJ, siguiendo esta interpretación del TS, por todos, STSJ de Madrid de 21 de Octubre de 2011 (rec. 877/2011); STSJ de Cataluña de 17 de Octubre de 2011 (rec. 6521/2011); o STSJ de Canarias (Las Palmas) de 16 de Octubre de 2012 (rec. 766/2010)

que algunos Juzgados de lo Social en España estén reconociendo en beneficio del trabajador/a un genérico derecho a que la empresa adopte las medidas solicitadas (aunque excedan del marco establecido en el art. 37.4 y 37.5 ET) o a que, al menos, el empresario/a explique la razón por la que no puede atender la solicitud<sup>65</sup>. La STC 3/2007, primero, y la cláusula sexta de la Directiva 2010/18, después, debieran haber servido para que se corrigiera definitivamente la inseguridad normativa que, sin embargo, la reforma laboral de 2012 ha contribuido a fomentar (dado que ha restringido el alcance de los derechos de conciliación, particularmente con la nueva redacción del art. 37.5 ET)<sup>66</sup>. Al menos en tanto en cuanto no se aclare definitivamente este aspecto la normativa española podría ser contraria a la normativa de la UE, lo que explica que desde el Juzgado de lo Social 33 de Barcelona se haya elevado cuestión prejudicial ante el TJUE (*supra*). Probablemente la obligación de motivación empresarial sea una obligación que debiera estar recogida en la legislación ordinaria. Aunque la interpretación dada por el TC apunta hacia esta misma interpretación, lo cierto es que su formulación tal vez no sea demasiado rotunda cuando se pone en conexión con la STC 24/2011 de 14 de Marzo. Y también debe tenerse en cuenta la influencia negativa que tiene la formulación actual del art. 34.8 ET que parece reducir el alcance del derecho a la adaptación de la jornada por conciliación a los supuestos en que se establezca por convenio colectivo o por acuerdo con la empresa.

Procedería, finalmente, identificar las prerrogativas o deficiencias que, en el contexto descrito y con relación a la adaptación de la jornada, presenta o puede presentar la acción de la negociación colectiva. Más allá de la referencia contenida en el art. 34.8 ET a la negociación colectiva como instrumento hábil para establecer el derecho a la adaptación de la jornada en los términos que más arriba se han descrito, no existen en el texto del ET otras referencias a derechos de conciliación constitutivos. Sin embargo, ciertas referencias de las competencias al respecto de la negociación colectiva adquieren una relevancia especial que merece su análisis en este momento. Es, por ejemplo, el caso del artículo 37.6 ET, conforme a la re-

---

<sup>65</sup>De este modo, empiezan a haber sentencias de los juzgados de lo social que reconocen el derecho al disfrute acumulado en sábado de la reducción de jornada, aun después de la reforma de 2012 (S Juzgado de lo Social nº 11 de Madrid de 19 de Septiembre de 2012 ), o que reconocen el derecho al cambio horario (S Juzgado de lo Social nº 3 de Pamplona de 10 de Octubre de 2012, que reconoció el derecho de la trabajadora a una reducción de jornada con cambio de horario porque quedó acreditado que el horario solicitado era necesario para ejercitar sus derechos de conciliación mientras que la empresa no había acreditado el más mínimo perjuicio). Asimismo, otorgando el derecho de ajuste horario solicitado, S Juzgado de lo Social nº 3 de Navarra de 10 de Octubre de 2012; y S Juzgado de lo Social nº 4 de Navarra de 9 de Febrero de 2015

<sup>66</sup> Comenté el alcance de la reforma laboral de 2012 en relación con los derechos de conciliación en Ballester Pastor, "De cómo la reforma operada por el RD Ley 3/2012 ha degradado el derecho fundamental a la conciliación de responsabilidades" *Revista de Derecho Social*, 57, 2012.

dación establecida por la Ley 3/2102, de 6 de Julio, de reforma laboral, que configura expresamente las funciones que puede tener la negociación colectiva en relación a la concreción horaria de la reducción de jornada por conciliación. La formulación actual del art. 37.6 ET es la siguiente: *La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderán al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. No obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 5, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas...*

Las competencias atribuidas al convenio colectivo en este precepto se refieren al establecimiento de “criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada”, lo que significa que los interlocutores sociales tienen competencias para establecer reglas de atribución del momento de reducción diferentes de las establecidas en el primer inciso del art. 37.6 ET, en el que se atribuye este derecho de determinación exclusivamente al trabajador dentro de su jornada ordinaria. Dado que la preferencia del trabajador establecida en este primer inciso del art. 37.6 ET es un *plus* de garantía configurado para el permiso de lactancia y la reducción de jornada, el hecho de que su segundo inciso permita la intervención *in peius* de la negociación colectiva no presenta aparentemente problemas de legalidad en relación a lo establecido en la normativa de la UE o en la Constitución. Sin embargo, para salvar efectivamente la legalidad comunitaria y la constitucionalidad de este precepto es necesario tener en cuenta que los derechos de conciliación reconocidos en ambas normativas tienen una dimensión individual y un contenido mínimo que no pueden ser reducidos por los negociadores. Efectivamente, tal y como más arriba se ha expuesto, el mínimo constitucional se encuentra en el contraste y/o equilibrio de dos derechos (conciliación del trabajador/a y organización empresarial) mientras que el mínimo normativo establecido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 requiere motivación de la negativa empresarial frente a la adaptación solicitada por el trabajador/a. En ambas fuentes jurídicas, pues, existe un listón mínimo de derechos individuales del trabajador que depende de sus circunstancias y que, por lo tanto, difícilmente puede quedar determinado *a priori* por el convenio colectivo. Piénsese, por ejemplo, que si el convenio colectivo estableciera una limitación en el volumen de reducciones de jornada simultáneas y un orden de acceso, presentaría quiebras de constitucionalidad puesto que es imprescindible que, aun sin establecerse la prioridad del interés del trabajador/a en la reducción o adaptación, se garantice que ambos derechos (los de la empresa y los del trabajador/a individual) se tengan en cuenta. Y ello difícilmente se conseguirá, sea cual sea el contenido y alcance del convenio colectivo, con cualquiera de los “criterios” de determinación abstracta y general que se utilicen. En definitiva, estos criterios de convenio en relación con el momento de la reducción de jornada estarían perma-

nementemente sometidos al análisis puntual de cada supuesto que correspondería hacer en sede judicial. No quiere ello decir que la incorporación operada por medio de la Ley 3/2007 en el art. 37.6 ET no haya sido relevante. De hecho la reforma de 2012 ha supuesto una degradación de gran relevancia puesto que la determinación del momento en que corresponde el disfrute de la reducción de jornada ha pasado de ser un derecho preferente del trabajador (primer inciso del art. 37.6 ET) a ser un derecho que puede ser limitado por los convenios colectivos, pudiendo por tanto perder su carácter preferente.

Lo expuesto resulta perfectamente aplicable a cualquier referencia que pudiera hacer el convenio colectivo a eventuales derechos de adaptación de jornada o de ordenación horaria: estas previsiones convencionales serán válidas en tanto en cuanto supongan mejoras respecto a lo establecido en la legislación ordinaria y serán aplicables tan solo en los casos en que se respete el derecho individual del trabajador/a a la conciliación en los términos que se han descrito. Si las previsiones de convenio establecieran mejoras para el trabajador/a respecto a lo establecido en la legislación serían válidas<sup>67</sup> en tanto en cuanto significaran efectivamente una mejora en cada caso. Si no fuera así, en algún caso particular sería admisible el régimen general aplicable a la conciliación pero ello no implicaría necesariamente la nulidad del precepto del convenio. Este es un presupuesto imprescindible para que prosperen los mecanismos de conciliación de responsabilidades que pudieran establecerse en los convenios colectivos. Sin embargo, en ocasiones esta conclusión no se advierte con demasiada claridad en las resoluciones judiciales. Por ejemplo, en la STS de 21 de marzo de 2011 el Tribunal Supremo consideró que no resultaba acomodada a derecho una cláusula de convenio colectivo que establecía la preferencia en la elección de turno de los trabajadores/as en reducción de jornada por conciliación si concurrían determinadas circunstancias (edad máxima del menor de cuatro años y porcentaje de reducción mínima de un quinto). El convenio, en este caso, no estaba estableciendo un trato peyorativo respecto de lo establecido en la legislación ordinaria, sino que configuraba un trato que, en la mayoría de las ocasiones, podía resultar mejor, sin que el trabajador/a perdiera su derecho a la reducción de jornada en los términos mínimos establecidos en el art. 37.5 ET. Pero,

---

<sup>67</sup> Así se ha reconocido por los Tribunales de Justicia en numerosas ocasiones. Por ejemplo, en la SAN de 23 de Marzo de 2015 (sentencia 49/2015) se estableció el derecho de una trabajadora a una reducción de jornada en cómputo semanal, aunque la redacción del art. 37.5 ET señala que dicha reducción de jornada procede tan solo en cómputo diario. La sentencia considera prioritario lo establecido en convenio colectivo (que permite una determinación del momento de disfrute de la reducción de jornada más beneficioso para la trabajadora) en atención a sus palabras, sin otorgar relevancia al hecho de que la legislación había cambiado y el convenio colectivo había reflejado la redacción anterior a la reforma. Un comentario al respecto por Molina Navarrete, "Nuevo revés judicial a la reforma laboral: la reducción de jornada por guarda legal no se agota en la diaria", *Trabajo y Seguridad Social CEF*, 386, 2015, pág. 149 ss.

ciertamente, esta formulación del convenio podía implicar un trato peyorativo, por ejemplo si el trabajador/a se viera forzado a escoger una reducción mínima de 1/5 para tener acceso a la preferencia en la elección de turno. También podía parecer que el convenio colectivo estuviera negando *a priori* el derecho a la elección de turno de aquellos trabajadores/as que no estuvieran en reducción de jornada o que, estándolo, su hijo/a no fuera menor de cuatro años. En definitiva, la previsión del convenio establecía un criterio general de aparente mejora pero que, en situaciones concretas, podía no serlo. Probablemente se excedió en su celo el Tribunal Supremo en esta ocasión, pero el elemento más relevante de la sentencia no es éste sino su fuerte compromiso con la preferencia de los derechos individuales de conciliación de responsabilidades frente a eventuales intervenciones de los convenios colectivos.

# LA CUESTIÓN DE GÉNERO EN LOS MECANISMOS DE REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL

EVA GARRIDO PÉREZ

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

## ÍNDICE

1. Introducción
2. La perspectiva estructural: la limitada presencia de mujeres en los órganos de representación
  - 2.1. Situación de partida: dificultades y desventajas
  - 2.2. Género y sistema de protección por actividades sindicales y/o representativas
  - 2.3. Mecanismos de promoción
3. La perspectiva funcional de la presencia femenina en los órganos de representación
4. A modo de conclusiones

## 1. INTRODUCCIÓN

No puede discutirse la existencia de un importante acervo jurídico en lo que respecta a la igualdad de género que alcanza un mas que considerable campo de extensión y desarrollo. Sin embargo, es fácilmente contrastable un menor desarrollo y proyección en un ámbito donde precisamente puede reflejarse esa acusada y denunciada infrarrepresentación de las mujeres en los núcleos y centros de decisión,

como es el constituido por los órganos de representación del personal en las empresas.

La propuesta que aquí se hace de vincular la cuestión de género con los órganos de representación podría aparecer así como una simple excusa analítica para abordar una temática que no suele aflorar cotidianamente entre los estudios ya sean generales o específicos relativos a la igualdad de género. Tampoco es una conexión que se trate en extenso entre documentos o informes de origen sindical más allá de determinadas referencias o alusiones genéricas a la conveniencia de garantizar mayor presencia o paridad en los esquemas de representación del personal en las empresas, lo que sin duda permite aportar ya de por sí ciertas dudas sobre una paridad o presencia equilibrada que por lo demás sería esperable en un sistema jurídico laboral que en el ámbito de los órganos de representación ofrece un conjunto de disposiciones notoriamente neutras en cuanto al acceso y composición de tales órganos. A esta cierta invisibilidad de tal cuestión entre la literatura jurídica y sindical al uso, se une recíprocamente la inexistencia de cuestiones conflictivas en el ámbito judicial derivadas de la conformación desigual o desequilibrada por razón de género de listas sindicales o del propio órgano de representación.

Conforme a este inicial panorama, es posible que al final no nos encontremos con un verdadero problema a resolver, es decir, una situación de desigualdad real en el acceso y presencia de mujeres en los órganos de representación, o quizás sí aunque sin visibilizarse suficientemente una realidad que puede ser de efectiva desigualdad.

En consecuencia no está de más plantearse cuestiones tales como si puede hablarse o no con carácter general de una representación paritaria; si los órganos de representación del personal suelen identificarse por un criterio de democracia paritaria o por el contrario se caracterizan por una infrarrepresentación no justificada en la voluntad del cuerpo electoral de base; y si en definitiva tales órganos reflejan una relación entre representantes y representados por género o por el contrario el porcentaje de mujeres en los esquemas representativos de los trabajadores es también una proyección de las mismas dificultades que gravan la posición de la mujer en las relaciones laborales.

A los fines de abordar éstas y otras cuestiones que se entrecruzan en tan particular temática, la cuestión de género en los órganos de representación que aquí se acomete tendría una primera perspectiva de análisis referida a individualizar las causas o circunstancias que pudieran estar limitando o impidiendo la presencia de mujeres en los esquemas representativos del personal, y particularmente, más allá de componentes personales o circunstanciales, si hubiera motivos o razones de índole jurídica que coadyuvaran a tal situación. De tal planteamiento se derivaría en consecuencia aquel otro que incidiría en los elementos correctores o equilibradores

de aquello que pudiera aparecer como un quebranto o anomalía de básicos y esenciales requerimientos de igualdad también en el entorno del acceso y ejercicio de funciones representativas.

Pero la conexión de género con los órganos de representación puede observarse no solo desde esa perspectiva estructural, sino también desde otra de naturaleza funcional, esto es, señalando la posible aportación que pudiera derivarse de la conexión del género con el funcionamiento mismo de los órganos de representación, esto es, cómo la presencia de mujeres en tales órganos pudiera proyectar en su caso determinados contenidos u orientaciones en acuerdos o convenios colectivos.

Obviamente, teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad de la aportación que aquí se hace, no es posible efectuar un detallado y completo análisis de ambas vertientes estructural y funcional, con sus múltiples variantes y ramificaciones, tal como la propia temática general así lo hubiera requerido, de donde los contenidos que a continuación se ofrecen no pasan de ser meros apuntes o básicas pinceladas de una materia precisada de mayor atención desde el ámbito de estudio jurídico laboral.

## **2. LA PERSPECTIVA ESTRUCTURAL: LA LIMITADA PRESENCIA DE MUJERES EN LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN**

### **2.1. Situación de partida: dificultades y desventajas**

Como cualquier estudio que pretenda deducir un diagnóstico de situación para consiguientemente efectuar valoraciones y propuestas, debe contemplarse la realidad que concentra dicho estudio sobre la base de los necesarios elementos cognoscitivos que definan tal realidad. En este caso en concreto, especificar cual sea la presencia de las mujeres en los órganos de representación del personal para valorar de seguido la posible concurrencia de una situación de desventaja y falta de paridad o proporcionalidad en atención a la plantilla en cuestión, requeriría contar con datos que presten certeza y seguridad a aquello que puede inicialmente apuntarse como premisa general: cual es la falta de una participación equilibrada de mujeres en los órganos de representación del personal, en términos generales o promediados, aun considerando las especificidades derivadas de un criterio de proporcionalidad en función de la afiliación femenina o de la composición de la plantilla según sexo.

Precisamente, esa es la base cognoscitiva y demostrativa que difícilmente puede presentarse como una completa y detallada radiografía sobre la conformación presente de los esquemas de representación desde el punto de vista del género. La dificultad ya estriba en la propia confrontación por medio de datos reales y concretos

sobre la presencia cuantitativa y cualitativa de la mujer en los órganos representativos del personal, mas aun en disposición segregada según sectores de actividad. La dificultad de contar con estos datos ya nace desde las propias organizaciones sindicales que no disponen de una información sistemática, actual y cruzada con otras variables como suplencias, bajas o suspensiones contractuales por razones de enfermedad, embarazo, lactancia, así como excedencias por cuidado de hijo o familiares que afectando a mujeres miembros de los órganos de representación condicionan la composición en cada momento de tales órganos.

De ahí que tan solo se haya podido contar para este breve análisis con unos datos parciales (ofrecidos por un solo sindicato) correspondientes a las últimas elecciones, en relación al número y porcentaje de representantes electos del sindicato en la mayoría de sectores, que no en empresas según tamaño o dimensión, y con un general apunte de distribución territorial. Pero estos datos, aún siendo limitados y sesgados, sí permiten corroborar la existencia de esa conexión entre el sector en cuestión y la composición de los órganos de representación de su personal, consiguiéndose cierta paridad entre los electos de sectores que recogen mayor empleo femenino (como educación, servicios o administración pública) frente a la menor presencia de mujeres en órganos de representación allí donde la plantilla es mayoritariamente masculina (metal, construcción o química). Pero la vez debe medirse el verdadero valor de la presencia femenina conforme a la propia dimensión representativa en los sectores en cuestión, considerando precisamente que hay mas mujeres electas donde es menor el número total de representantes (caso de educación), e inversamente hay menos mujeres en órganos de representación numerosos (metal, construcción) de donde, en consecuencia, bajo términos de proporcionalidad, la presencia de mujeres se relativiza.

#### ELECCIONES SINDICALES 2010-2013

FEDERACION	HOMBRES	%	MUJERES	%	TOTAL
MCA	18.002	88,8	2.276	11,2	20.278
FITAG-FIA	6.457	75,9	2.051	24,1	8.508
FITAG-FTA	5.433	63,9	3.076	36,1	6.950
FTCM	5.550	79,9	1.400	20,1	6.950
FTCHTJ	9.762	55,4	7.866	44,6	17.628
FES	9.372	53,5	8.138	46,5	17.510
FETE	2.359	46,4	2.721	53,6	5.080
TOTAL	66.778	64,7	36.463	35,3	103.241

CCAA	HOMBRES	%	MUJERES	%	TOTAL
ANDALUCIA	10.654	66,2	4.957	31,8	15.611
ARAGON	2.812	67,2	1.372	32,8	4.184
ASTURIAS	1.921	71,8	755	28,2	2.676
BALEARES	1.616	57,7	1.186	42,3	2.802
CANARIAS	2.399	64,5	1.323	35,5	3.722
CANTABRIA	1.128	65,7	588	34,3	1.716
CASTILLA Y LEON	4.019	67,4	1.942	32,6	5.961
CASTILLA-LA MANCHA	2.439	70,1	1.038	29,9	3.477
CATALUÑA	13.475	60,0	8.973	40,0	22.488
EUSKADI	1.635	69,9	700	30,1	2.325
EXTREMADURA	1.409	71,6	558	28,4	1.967
GALICIA	3.586	66,9	1.771	33,1	5.357
LA RIOJA	766	65,8	398	34,2	1.164
MADRID	7.856	61,1	5.006	38,9	12.862
MURCIA	2.213	67,6	1.063	32,4	3.276
NAVARRA	1.145	63,3	663	36,7	1.808
P. VALENCIANO	7.365	64,5	4.048	35,5	11.413
CEUTA	155	75,2	51	24,8	206
MELILLA	195	73,3	71	26,7	266
TOTAL	66.778	64,7	36.463	35,3	103.241

Datos proporcionados por UGT \_Comisión Ejecutiva Confederal. Secretaría de Igualdad<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Como se observa, en el primer cuadro la información se muestra por los sectores identificados particularmente bajo las distintas federaciones del sindicato:

MCA: Metal y Construcción

FITAG-FIA: Textil, Químicas

FITAG-FTA: Campo, Agroalimentaria y Conservas

FTCM: Transportes, Comunicaciones y Mar

FTCHTJ: Comercio, Hostelería, Turismo y Juego

FES: Federación de Servicios (Banca, Limpieza, Seguros, Seguridad, despachos y oficinas, etc)

FSP: Servicios Públicos (Sanidad, Educación, etc...)

FETE: Educación

Aun sin poder contar pues con unos datos que permitan conocer el verdadero estado actual, e incluso en proyección temporal, del grado de presencia de mujeres en los esquemas representativos del personal en las empresas, a esta inicial radiografía de situación pueden añadirse como punto de partida dos circunstancias que en sí mismas apuntan hacia un panorama no estrictamente paritario o igualitario en las condiciones de acceso y participación en las funciones representativas. Por un lado, la escasa afiliación femenina, considerando aun más los reducidos porcentajes de afiliación de que adolecen por lo general los sindicatos, lo que sin duda no acompaña a la decisión de las trabajadoras de intervenir de forma activa en acciones de promoción o participación en elecciones sindicales bajo el ámbito organizativo y director de un sindicato.

#### AFILIACIÓN FEMENINA (%)

	2012	2011	2010	2009	2008	2007	2006	2002	1995
<b>UGT</b>	36,00	36,10	36,00	34,97	33,90	33,35	32,03	30,50	24,71
<b>CC.OO.</b>	39,32	39,25	38,56	38,19	37,21	36,16	36,03	33,54	23,00
<b>USO</b>	36,00	36,00	36,00	35,00	34,00	35,00	36,00	29,00	23,00

Fuente: Elaboración del Instituto de la Mujer a partir de datos proporcionados por UGT, CCOO y USO.

Últimos datos actualizados a nov. 2013

Y por otro lado, las especiales circunstancias de desventaja que por lo general suelen agravar el acceso y mantenimiento del empleo de la mujer pueden a la vez ejercer una considerable influencia en sus opciones de acceso a la función representativa.

Desde un plano meramente comparativo, las trabajadoras parecen mostrar menos voluntad o interés que los hombres de afiliarse a un sindicato, y de implicarse en una actividad sindical que les conduzca, entre otras acciones, a promover elecciones y a formar parte de candidaturas y de órganos de representación, de donde cabría siquiera considerar qué circunstancias estarían causalizando una cierta resistencia femenina a la afiliación sindical y/o a participar en acciones representativas.

Por lo pronto habría que descartar cualquier componente de orden constitucional o legal que actuara como impeditivo para el ejercicio de estos derechos aso-

ciados a la libertad sindical. En este sentido, el planteamiento jurídico del que se parte no muestra ni la más mínima fisura en el libre ejercicio por igual del derecho de la libertad sindical, y sin distinción alguna por razones entre otras del género. La garantía constitucional del pleno respeto al libre ejercicio del derecho de afiliación, pero también de aquellos otros derechos de reconocimiento legal, como la promoción de elecciones o el ejercicio de actividad sindical en el seno de la empresa, alcanza por igual a todo titular de tales derechos sin mecanismos adicionales o específicos de protección en atención a circunstancias asociadas al principio de igualdad.

De hecho, allí donde se detectan situaciones conflictivas en el ámbito empresarial por la confrontación entre el poder de dirección o el disciplinario del empresario y el ejercicio por el trabajador de derechos asociados a la libertad sindical, y aun cuando pueden también aducirse motivaciones que afectaran al principio de igualdad, la jurisprudencia constitucional centra el debate en la posible violación o transgresión de tal derecho eludiendo la entrada en el ámbito del principio de igualdad<sup>2</sup>.

En el plano estrictamente legal, las condiciones de acceso a la función representativa a través del procedimiento electoral ordenado normativamente, muestran asimismo una fisonomía absolutamente neutra desde la perspectiva de género. Las referencias contenidas en el ET, y en el desarrollo reglamentario por el RD 1844/1994, 9 de septiembre (Reglamento de elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la Empresa), o en la Ley 9/1987, de 12 de junio (de Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) no incorporan elemento normativo alguno que pudiera directa o indirectamente propiciar o favorecer una desigual situación de partida en la promoción y participación en las elecciones sindicales y en definitiva en la posibilidad de que las trabajadoras sean candidatas y en su caso miembros de los órganos de representación en las mismas condiciones que los trabajadores de sexo masculino.

Desde la posición absolutamente neutra de la norma que predispone y regula el acceso y ejercicio de la función representativa, los motivos o las circunstancias que pudieran estar actuando como impeditivas u obstativas a una mayor presencia de la mujer en los órganos de representación, deben buscarse en elementos externos

---

<sup>2</sup> Como tiene declarado el TC, cuando se alegan discriminaciones perturbadoras del ejercicio del derecho a la libertad sindical, las presuntas vulneraciones del artículo 14 de la Constitución se subsumen en el derecho reconocido en artículo 28.1 salvo que la discriminación alegada concierna a alguna de las circunstancias explícitamente proscritas como causas de discriminación en el art. 14 CE (STC 44/2001, de 12 de febrero, y más recientemente STC 100/2014, de 23 de junio).

a la propia ordenación del sistema electoral y del esquema representativo, lo que no significa que el propio funcionamiento y dinámica interna de uno y otro puedan terminar influyendo o condicionando la voluntad o la decisión de las mujeres en participar activamente en las funciones sindicales y de representación.

Es decir, ciertamente hay determinados factores intrínsecos del propio mercado de trabajo y de la gestión de las relaciones laborales que inciden de modo particular en la posición de las mujeres como trabajadoras, pudiendo aparecer a su vez como límites para una actividad sindical o representativa que se proyecte en el ámbito de la empresa más allá de los requerimientos prestacionales en tiempo y modo. En este sentido, qué duda cabe que la menor dedicación laboral a consecuencia de contrataciones a tiempo parcial, o con jornada reducida, e incluso por intervalos de suspensión o excedencia para atención de hijos o familiares, no propicia ni favorece una participación e implicación activa de las trabajadoras en las funciones representativas. Dicho de otro modo, las mujeres trabajadoras deben enfrentarse a determinadas circunstancias relativas al acceso y ejercicio de tales funciones (ya de por sí de cierta complejidad y no exenta de conflictividad en el ámbito de la empresa) cuando ya arrastran de partida pesos inequívocos que desequilibran su posición laboral en relación con los trabajadores de género masculino, y que en consecuencia actúan de condicionantes limitativos o impeditivos para el ejercicio de derechos ligados a la libertad sindical o a la acción representativa de intereses de los trabajadores. En definitiva, la situación de la mujer ante las opciones de participar y formar parte de los esquemas de representación del personal no se delinea ya de origen bajo las mismas condiciones que para el trabajador, esto es, la posición de partida para el ejercicio de derechos de libertad sindical no responde en realidad a los términos de una debida igualdad por la propia desventaja que la mujer encuentra en las relaciones laborales.

Tal como se pronunció el TC, “para ponderar las exigencias que el art. 14 CE despliega en orden a hacer efectiva la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo es preciso atender a circunstancias tales como la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de aquéllas tiene el hecho de la maternidad, y la lactancia, en cuanto se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre”<sup>3</sup>. Y estas mismas consideraciones sin duda permiten ser proyectadas cuando de opciones de participación y ejercicio de funciones representativas se trata, a modo de una particular conexión causa-efecto. Si el riesgo de pérdida del empleo por motivos asociados al embarazo o a la atención de responsabilidades familiares constituye el núcleo indiscutible de la problemática a la que debe hacer frente el principio de no discrimi-

---

<sup>3</sup> Cfr. STC 92/2008, de 21 de julio, de la que fue ponente M<sup>a</sup> Emilia Casas Baamonde, citando a su vez entre otras del propio Tribunal las sentencias 109/1993, de 25 de marzo, y 3/2007 de 15 de enero.

minación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales<sup>4</sup>, indefectiblemente el mismo riesgo puede quedar incorporado en el ejercicio por la mujer trabajadora de derechos de afiliación, promoción de elecciones o actividad sindical y representativa, de tal modo que tal actuación mas que compensar termine acrecentando la desventaja inicial de la trabajadora.

Si en esta proyección, a las propias dificultades de acceso y conservación del puesto de trabajo, y de mantenerlo en condiciones de igualdad, se unen las derivadas del ejercicio de esos derechos asociados a la libertad sindical, no cabe duda de que se plantea una cuestión ligada al art.14 CE pues es la condición de mujer la que termina limitando y condicionado sus derechos o legítimas expectativas en el plano de la función representativa y de la actividad sindical.

Nos ubicamos pues ante situaciones de inferioridad, dificultad y de desventaja que se personifican entre el colectivo de mujeres y que se manifiestan también en otros y nuevos escenarios, como es éste que se aborda de la presencia y participación en esquemas de representación del personal. Ante este particular escenario, el consiguiente análisis se diversifica en dos aspectos a su vez asociados entre sí: por un lado, el de la tutela o el de los mecanismos de protección cuando la mujer trabajadora lleva a cabo actividades de promoción y participación en procesos electorales, así como funciones de representación; y por otro lado, el de las medidas o acciones que pudieran desarrollarse para favorecer o propiciar un presencia de mujeres en los órganos representativos en condiciones de paridad.

## **2.2. Género y sistema de protección por actividades sindicales y/o representativas**

Una vez identificado el ámbito de la actividad sindical y la función representativa como un particular escenario en el que las situaciones de desventaja y de desigualdad por razón de género pueden condicionar el efectivo ejercicio de derechos de libertad sindical, sin embargo es posible constatar cómo en tal escenario se proyecta una tutela que prescinde de toda contemplación o valoración del género para quedar confinada al objeto del derecho de libertad sindical.

Ciertamente, el acceso y el ejercicio de funciones de representación del personal, bajo cobertura de acción sindical, aun cuando se ampara de una garantía de indemnidad y del derecho del trabajador a no sufrir menoscabo en su situación profesional o económica por tal motivo<sup>5</sup>, puede generar no obstante situaciones conflictivas de limitación o impedimento de derechos que no gozan en su mayoría de fácil compo-

---

<sup>4</sup> Asimismo, STC 92/2008, de 21 de julio.

<sup>5</sup> Sentencias TC 44/2001, de 12 de febrero, y 30/2000, de 31 enero, y otras muchas en ellas referenciadas.

sición desde el punto de vista de la oportuna tutela. En el origen se encuentra sin duda la problemática cuestión de la prueba o evidencia de la conducta lesiva.

Al respecto, se es plenamente consciente en sede de tutela antidiscriminatoria que "la necesidad de garantizar que los derechos fundamentales del trabajador no sean desconocidos por el empresario bajo la cobertura formal del ejercicio por parte de éste de los derechos y facultades reconocidos por las normas laborales, pasa por considerar la especial dificultad que en no pocas ocasiones ofrece la operación de desvelar en los procedimientos judiciales correspondientes la lesión constitucional, encubierta tras la legalidad sólo aparente del acto empresarial"<sup>6</sup>. Y son estas dificultades probatorias de la supuesta vulneración de derechos fundamentales del trabajador las que se encuentran tras el esquema protector, articulado inicialmente desde la jurisprudencia constitucional, que traduce una específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo, y conforme a la cual, tras la aportación por el trabajador de un indicio razonable de la posible lesión de su derecho fundamental, recae sobre la empresa la carga de probar que su actuación responde a circunstancias causales objetivas, razonables, y de la suficiente entidad como para justificar aquélla y de este modo "destruir la apariencia lesiva creada por los indicios"<sup>7</sup>. Pero para que se despliegue esta actividad probatoria por el empresario, la doctrina del TC es muy precisa en los términos de la actuación indiciaria que se exige al trabajador, no bastando la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que "debe revelar la existencia de un fondo o panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha de la lesión denunciada"<sup>8</sup>, aun cuando sin llegar a exigírsele aportación de una prueba plena de la relación entre la decisión empresarial y el ejercicio del derecho fundamental<sup>9</sup>.

Ahora bien, a pesar de que este mecanismo de la inversión de la carga de la prueba constituye un elemento de identificación en todo sistema de protección del ejercicio de derechos fundamentales, la propia singularidad o morfología de cada derecho fundamental podría justificar o exigir peculiaridades en el modo con el que se articula y opera un tal sistema protector, o en otros términos, éste podría quedar integrado con determinados elementos de funcionalidad protectora derivados del derecho que es objeto de tutela y que pueden no reproducirse o aparecer con la misma intensidad o fisonomía ante cualquier derecho fundamental que se considere lesionado. De donde, el modo de contemplar e integrar el panorama in-

---

<sup>6</sup> STC 17/2003, de 30 de enero.

<sup>7</sup> Cfr. STC 125/2008, de 20 de octubre, citando a su vez STC 114/1989 de 22 de junio.

<sup>8</sup> Entre otras sentencias TC 87/1998, de 21 de abril; 140/1999, de 22 de julio; 29/2000, de 31 de enero; 207/2001, de 22 de octubre; 14/2002, de 28 de enero; 30/2002, de 11 de febrero, y 75/2010, de 19 de octubre.

<sup>9</sup> STC 66/2002, de 21 de marzo.

diciario que debe aportar el sujeto que alega lesión de su derecho fundamental, puede no ser coincidente con el que opera ante otro de distinta naturaleza. A tal fin baste poner en una situación de comparación valorativa dos distintas condiciones personales que pueden recaer en la mujer: la de embarazo y la de ser afiliada y/o representante del personal.

Tanto en situaciones en las que se alega medidas empresariales vulneradoras por razones del embarazo de la mujer como en aquellas en las que se aduce una lesión por motivos sindicales, se juzga un derecho individual de afectación solo al titular del derecho, y sin embargo en ambas situaciones pudiera jugar un distinto papel la circunstancia del conocimiento por la empresa de tales condiciones personales para actuar eficazmente la tutela del derecho.

En definitiva, se trata de poner el acento en la relevancia que ostenta o debe ostentar el conocimiento por el empresario de acciones y pretensiones de trabajadoras relacionadas con el ejercicio de sus derechos de libertad sindical a la hora de construir o definir el sistema de tutela y protección antidiscriminatoria de tal derecho fundamental. En concreto, la cuestión se plantea en términos de si fuera necesario, como parte del esquema indiciario que permita invertir la carga de la prueba, que se constate el conocimiento del empresario de la condición de afiliada o representante de los trabajadores para sustentar la protección en la intencionalidad lesiva de la conducta, o por el contrario resultara aplicable la tesis de la nulidad objetiva de la decisión empresarial supuestamente atentatoria del derecho de libertad sindical, prescindiendo del elemento intencional y en consecuencia del conocimiento o ignorancia del empresario de tal condición, al modo con el que se actúa en sede de tutela frente al despido de la mujer embarazada.

En efecto, si acudimos a este último ámbito protector, en la actualidad ya es suficientemente consolidada la jurisprudencia acerca de la protección ante medidas de despido de trabajadoras embarazadas, aun cuando la empresa desconociera ese dato, y ello tras una primera aproximación interpretativa por los tribunales en la que se reclamaba precisamente el conocimiento del estado de embarazo para poder actuar el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba. En esta línea, las STC 41/2002, de 25 de julio, y 17/2003, de 30 de enero, se erigen en claros exponentes de una doctrina que demandaba la acreditación del conocimiento por la empresa del estado de embarazo como requisito necesario para entender aportado por la trabajadora el panorama indiciario que justificara la inversión de la carga de la prueba<sup>10</sup>,

---

<sup>10</sup> Una firmeza en tal requerimiento aun a pesar de reconocer que en el ordenamiento español no se exigía la comunicación al empresario del estado de embarazo, y a pesar también de la existencia de resoluciones judiciales del TJCE declarando que la trabajadora no está obligada a informar al empresario de su estado cuando éste no precisa tener noticia para el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo la STJCE de 4 de octubre de 2001, asunto C-109/00, caso *Tele Danmark*).

aduciendo que difícilmente podía considerarse que posee un móvil discriminatorio el empresario que despide desconociendo la concurrencia del factor de diferenciación en que consiste la discriminación<sup>11</sup>.

Una doctrina que fue seguida por el TS con refuerzos argumentativos de distinta valoración, como son el de la exigencia legal o el de seguridad jurídica<sup>12</sup>. En concreto, se aducía que si la norma impone que el despido ha de ser “motivado”, tal requerimiento solo podría construirse sobre el conocimiento por parte del empresario del estado de gestión, al margen de considerar que la tutela requiere elementos de garantía ante la azarosa circunstancia del conocimiento o no del estado de embarazo que en momentos previos puede ser también desconocida por la propia mujer embarazada. Se construye así un esquema de protección que rechaza el carácter objetivo de la tutela para requerir la alegación de un hecho indicio por parte de la trabajadora afectada, cual es el conocimiento del empresario de la situación de embarazo, como única base sobre la que sustentar el hecho presunto del móvil discriminatorio<sup>13</sup>.

En paralelo a esta doctrina judicial en sede de tutela de la condición de embarazo, aquella otra que discurría en el terreno de la libertad sindical, y más concretamente cuando se alegaba lesión del derecho de afiliación y/o actividad sindical, se sustentaba sobre elementos no coincidentes. De hecho, frente al rechazo de la tesis de la nulidad objetiva que impregnaba esa primera doctrina judicial sobre el necesario conocimiento empresarial de la situación de embarazo, aquella otra condición personal, la de ser afiliada, gozaba aparentemente de un mayor ámbito de protección frente al conocimiento.

Ciertamente hay actuaciones empresariales afectando a derechos de libertad sindical a las que no puede imputarse tacha de ilegalidad o irregularidad si no es conocida previamente la condición que es objeto de tutela. Sucede así en aquellos supuestos donde a la empresa le es exigible legalmente determinados actos que tienen como destinatarios los órganos de representación sindical, esto es, tratándose de los requerimientos formales previstos en los arts. 55.1 y 55.4 ET en rela-

---

<sup>11</sup> “Si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dicha circunstancia”. Cfr.STC 41/2002, de 25 de febrero.

<sup>12</sup> Vid en este sentido, Sentencias del TS de 19 de julio de 2006 (recurso udd núm.387/2005), de 24 de julio de 2007 (recurso udd. núm. 2520/2006) o de 12 de marzo de 2008 (recurso udd. núm. 1695/2007).

<sup>13</sup> Cfr. la citada STS de 19 de julio de 2006, añadiendo de forma crítica que “la certeza del derecho se sacrifica en la tesis de la nulidad objetiva más allá de lo que parece razonable o inevitable en la vida jurídica”.

ción con el art. 10.3 LOLS. Así, en un supuesto de sanción o despido de un trabajador afiliado, para cumplir con el trámite de audiencia a la sección sindical correspondiente que existiera en la empresa, al empresario le debe “constar” tal condición bien por comunicación directa o por otros medios indirectos (como podría ser por pago de la cuota sindical a través de la nómina). Son pues supuestos donde el conocimiento del empresario de la condición de afiliado conforma el fundamento de un deber formal que le resulta legalmente exigible, y que aparecen en un estadio posterior y externo a aquel otro de base en el que la afiliación o actividad sindical de un trabajador o trabajadora puede mantenerse bajo el más estricto ámbito de la intimidad personal sin que requiera ser un dato revelado.

Al respecto no está de más recordar el manto de protección constitucional que rodea la revelación de la afiliación sindical, como derecho personal y exclusivo de los trabajadores que tanto el empresario como los propios órganos sindicales están obligados a respetar<sup>14</sup>. Desde este inicial planteamiento, cualquier trabajador/a tiene el derecho a preservar su afiliación, no estando obligado/a a comunicar tal dato para poder ejercer eficaz y plenamente sus derechos de libertad sindical, de donde la debida protección que se dispense a aquéllos no debería tampoco estar supeditada a un elemento de índole tan subjetiva como es el conocimiento de la afiliación por el empresario. Esto es, cuando está en juego la debida protección de la actividad o la afiliación sindical, habría de prescindirse de un componente subjetivo de esa entidad para, por el contrario, instrumentalizar la tutela sobre una base objetiva, tal como sucedió posteriormente con la protección contra medidas discriminatorias por razón del embarazo de la trabajadora.

En concreto, esa inicial doctrina que apoyaba firmemente la necesidad de conocimiento por parte del empresario del estado de embarazo de la trabajadora como elemento integrado del panorama indiciario de la posible discriminación, fue superada posteriormente por el TC con el criterio contrario, entendiéndose que no es necesario dicho conocimiento para poder apreciar la vulneración de derechos fundamentales en el despido de la trabajadora embarazada, y precisando que “nada en el art. 55.5.b) ET permite apreciar que el legislador haya establecido como exigencia para la declaración de nulidad de los despidos no procedentes efectuados durante el período de embarazo de una trabajadora la acreditación del previo conocimiento del embarazo por el empresario que despide y, menos aún, el requisito de una previa notificación por la trabajadora al empresario de dicho estado”,

---

<sup>14</sup> STC 292/1993, de 18 de octubre, apuntando que “siendo los Sindicatos formaciones con relevancia social, integrantes de la estructura pluralista de la sociedad democrática, no puede abrigarse duda alguna de que la afiliación a un Sindicato es una opción ideológica protegida por el art. 16 CE”. Sentencia seguida entre otras del mismo Tribunal 168/1996, de 29 de octubre; 11/1998, de 13 de enero; 223/1998, de 24 de noviembre; o 44/1999, de 22 de marzo.

siendo así que “la nulidad del despido tiene en el art. 55.5.b) LET un carácter automático, vinculado exclusivamente a la acreditación del embarazo de la trabajadora y a la no consideración del despido como procedente por motivos no relacionados con el mismo”<sup>15</sup>. Se da forma así en el ET, en palabras del propio TC, a una “nulidad objetiva” que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

Del mismo modo, como se ha apuntado, ninguna norma obliga a comunicar el dato de la afiliación o hacer visible de otro modo una actividad sindical como elemento ineludible para atraer el sistema protector ante actuaciones empresariales no procedentes, y la única consecuencia anudada al desconocimiento de la empresa habría de ser la no exigibilidad de la comunicación y audiencia a los correspondientes órganos sindicales.

Sin embargo, basta hacer un mero repaso por las resoluciones judiciales que conocen y solventan situaciones conflictivas planteadas por trabajadoras en defensa de sus derechos de afiliación o de actividad sindical (entre los que se encuentran la promoción de elecciones o la participación en una candidatura sindical), para comprobar cómo la consideración objetiva de la conducta que caracteriza la tutela ante el despido de una trabajadora embarazada, no encuentra igual acogida ante la protección de otra condición personal de especial relevancia como es la afiliación.

Para confirmar este extremo debe partirse ineludiblemente de la doctrina constitucional conforme a la cual la afiliación sindical y el ejercicio de actividad sindical no son circunstancias que en sí mismas y de forma objetiva deban entenderse como indicios de posible lesión, de modo que deben acompañarse de otros elementos que pongan indiciariamente en conexión el factor protegido (la libertad sindical) con el resultado lesivo o perjudicial, por cuanto “la confluencia del factor sindical y la actuación empresarial representa únicamente, en principio, un presupuesto de la posibilidad misma de la lesión aducida, pero no un indicio de vulneración que por sí solo desplace al demandado la carga de probar la adecuación constitucional de su acto”<sup>16</sup>. Y a la hora de establecer esa conexión, el factor temporal puede revelarse de singular importancia, pues como también es doctrina constitucional, la conexión temporal entre el ejercicio del derecho fundamental y la medida empre-

---

<sup>15</sup> Doctrina iniciada por la STC 92/2008, de 21 de julio y seguida por STC 124/2009, de 18 de mayo en un caso similar, así como por el TS en sentencias, entre otras, de 17 de octubre de 2008 (recurso nº 1957/2007), de 16 de enero de 2009 (recurso núm.1758/2008) y de 6 de mayo de 2009 (recurso núm.2063/2008).

<sup>16</sup> Cfr.STC 171/2003, de 29 de septiembre.

sarial, genera una fuerte apariencia de probabilidad de lesión, de donde resulta relevante como indicio o principio de prueba<sup>17</sup>.

Confirmándose pues la relevancia de la proximidad temporal entre factor protegido y medida discutida como indicio que podría desplegar en su caso la inversión de la carga de la prueba, la cuestión es si tal conexión actúa de forma directa y automática o requiere por el contrario la concurrencia de ciertos elementos sobre los que construirse. Es precisamente en relación a esta cuestión donde puede apreciarse cierta divergencia aplicativa entre los tribunales ordinarios ante el modo de operar la carga probatoria, y que por lo general suele resolverse por extremos totalmente alejados de una concepción objetiva de la correlación temporal entre el hecho aducido y el posible acto lesivo, para dirigirse por el contrario por la vía de la intencionalidad en el comportamiento del empresario.

En un plano distinto se encuentran aquellas resoluciones judiciales que declaran la existencia de una actuación lesiva del empresario que efectúa una movilidad, traslado o despido tras visibilizarse claramente la condición o circunstancia que se pretende proteger, como así sucede cuando la trabajadora en cuestión participa públicamente en asambleas, o en negociaciones con la empresa, o cuando se conoce su condición de candidata o representante tras proclamarse las candidaturas y los resultados de las elecciones<sup>18</sup>.

En estos casos, la visibilidad o notoriedad de la afiliación o de la actividad sindical del trabajador/a puede aportar de por sí mas duda sobre la posible conexión finalista entre hecho protegido y actuación lesiva, especialmente si además existe una correlación cronológica entre ambos. La dificultad aplicativa se halla pues en aquellas situaciones en las que no concurre una clara exposición pública de la condición o circunstancia que se aduce como lesionada, y tras lo que se apoya como defensa el desconocimiento del empresario y en consecuencia la ausencia de una motivación contraria al ejercicio de derechos de libertad sindical. En tales situaciones, ciertas resoluciones judiciales generan la paradoja de que una circunstancia tan subjetiva y personal como es la posesión por un sujeto de determinada información, deba ser sometida a prueba como elemento esencial de un panorama indiciario sobre el que se construye la tutela de un derecho fundamental. En concreto,

---

<sup>17</sup> Ibidem, STC 171/2003, de 29 de septiembre, citando a su vez, entre otras, las sentencias 87/1998, de 21 de abril; 101/2000, de 10 de abril; 214/2001, de 29 de octubre; 114/2002, de 20 de mayo; y 17/2003, de 30 de enero.

<sup>18</sup> Entre otras muchas, STSJ Castilla-La Mancha de 4 diciembre 2007(recurso núm. 1420/2006); Sentencias del TSJ C. Valenciana de 27 de mayo de 2004 (recurso núm.1225/2004) y 6 de mayo de 2014 (recurso 623/2014) ; STSJ Madrid de 21 de marzo de 2012 (recurso núm. 729/2012); STSJ Cataluña de 17 de marzo de 2011 (recurso núm. 4367/2010); Sentencias del TSJ Asturias de 9 de marzo de 2011 (recurso 2686/2010) y de 28 de octubre de 2011 (recurso 2294/2011).

a la empresa le basta alegar que desconocía el dato de la afiliación o de la promoción o candidatura sindical del sujeto, para que tal alegato reciba credibilidad y plena validez, siempre que aquél no pueda acreditar hechos que lo desvirtúen y a pesar incluso de que se aduzcan otros de índole objetiva como es la proximidad temporal entre el factor a proteger y la medida supuestamente lesiva<sup>19</sup>.

Efectivamente, como se indicó anteriormente, la empresa puede ignorar la condición de afiliado de un trabajador/a si no se produce una previa comunicación de tal dato para el cumplimiento empresarial de determinadas actuaciones previstas normativamente, como es el reconocimiento de los delegados sindicales o la deducción en nómina de la cuota sindical. Asimismo, la normativa reguladora del procedimiento electoral para órganos de representación no contempla trámite preceptivo alguno destinado a que el empresario conozca la intención o la formalización de candidaturas sindicales con anterioridad al momento de la celebración de las elecciones, aun cuando la propia dinámica del proceso podría inducir a considerar razonablemente que la empresa no es del todo desconocedora de lo que en él acontece<sup>20</sup>. En cualquier caso, así como la libertad sindical no entraña la inmunidad de sus titulares frente a la aplicación razonable de reglas jurídicas generales<sup>21</sup>, tampoco el manto protector del ejercicio de derechos fundamentales debe acoger espacios de inmunidad del empresario donde aquéllas no se imponen.

---

<sup>19</sup> Es así cómo se interpreta en sentencias como la del TSJ Cataluña de 13 de diciembre de 2013 (recurso núm. 4733/2013) cuando afirma que “el despido posterior a una convocatoria de elecciones y la falta de acreditación de la causa real del mismo, cierto es, pueden llevar a una mera sospecha de discriminación por motivos sindicales, pero esa sospecha no viene nutrida con dato objetivo alguno (indicio) que nos lleve de forma precisa y directa a concluir la existencia de un trato discriminatorio por esos motivos, pues lo cierto es que la empresa desconocía la afiliación de la trabajador”. Asimismo, la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 13 de junio de 2012 (recurso núm. 721/2012), al resolver que “no consta acreditado que la empresa demandada conociera la reunión mantenida en el domicilio de la demandante con sus compañeros, ni que fuera conocedora de la composición de la lista de los candidatos, con lo que falta un dato importantísimo para poder concluir que la empresa actuó atentando el derecho fundamental de libertad sindical de la actora”. Entre otras resoluciones denegando la posible vulneración de derechos de libertad sindical por cuanto no se acreditaba el conocimiento del empresario de la circunstancia de la afiliación, de la promoción o de la participación en una candidatura sindical, vid. TSJ Madrid de 21 de marzo de 2012 (recurso núm. 729/2012), y STSJ Galicia de 22 de abril de 2003 (recurso núm. 872/2003).

<sup>20</sup> Como argumenta la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 11 de noviembre de 2003 (recurso núm. 2167/2003), “forma parte de la mecánica normal de todo proceso electoral que se de publicidad de los trabajadores que integran las distintas candidaturas, publicidad que razonablemente llega no sólo al resto de los trabajadores sino también a la empresa de tal suerte que no constituye una simple conjetura sin base alguna sino una lógica deducción el conocimiento por la empresa de la condición de candidata de la trabajadora”.

<sup>21</sup> Al decir, por ejemplo, de la STC 214/2001, de 29 de octubre.

Téngase en cuenta que la peculiaridad de la prueba en supuestos de vulneración de derechos fundamentales no consiste en la exoneración del demandante de toda carga probatoria, sino en la menor intensidad de ésta con respecto a la que le incumbe al demandado<sup>22</sup>. En consecuencia, si al trabajador/a se le exige pues, dentro del panorama indiciario, que aporte una demostración o prueba fehaciente de la intencionalidad derivada del conocimiento del empresario, la conclusión no es otra que la de requerir al titular de un derecho fundamental que practique una prueba diabólica sobre un hecho positivo (el conocimiento) para obligar que la empresa tenga que justificar la razonabilidad y objetividad de su actuación, lejos pues de cualquier intencionalidad lesiva. Esto es, exigirle a la trabajadora la demostración del conocimiento por el empresario de su condición de afiliada o de candidata en las elecciones sindicales conduciría finalmente a construir una situación que la propia doctrina del TC pretendía eludir con la actividad indiciaria y la inversión de la carga de la prueba, esto es, la prueba plena de que la actuación empresarial tenía un fin lesivo<sup>23</sup>. En definitiva, con este proceder, entre algunos tribunales ordinarios se está erigiendo el conocimiento o desconocimiento por la empresa de la circunstancia protegible, en una cuestión previa a resolver con anterioridad a que pueda aplicarse la inversión de la carga de la prueba, cuando tal construcción no está inducida por la jurisprudencia constitucional.

En evitación de tal resultado contrario a la propia finalidad y articulación del sistema protector de un derecho fundamental, habría de situarse en una posición de mayor relevancia jurídica circunstancias indiciarias de carácter objetivo, mas que otras de índole intencional. Bajo este planteamiento, esa cercanía temporal, aun en un entorno circunstancial libre de otros hechos objetivos que pudieran aportarse con valor indiciario, podría ser considerada una circunstancia razonable y suficiente para superar el umbral mínimo de esa conexión, y que ésta fuera en su caso neutralizada con la demostración por el empresario de la objetividad y racionalidad de las causas alegadas como justificativas de su decisión (ya sea de despido, movilidad o cualquier otra de afectación laboral o económica para el trabajador)<sup>24</sup> puesto que es en definitiva el papel probatorio que le corresponde al empresario,

---

<sup>22</sup> Como tan oportunamente se puso de manifiesto en la STSJ Cataluña de 30 noviembre de 2010 (recurso núm. 7174/2009), con apoyo en doctrina constitucional citada.

<sup>23</sup> Recuérdese en tal sentido la STC 66/2002, de 21 de marzo, al afirmar que “en ningún caso sería exigible al trabajador la aportación de una prueba plena de la relación entre la decisión empresarial y el ejercicio del derecho fundamental, pues tal exigencia nos situaría fuera del esquema de distribución de cargas probatorias al que responde la denominada prueba indiciaria en el proceso laboral”.

<sup>24</sup> Afirmando en este sentido el suficiente valor indiciario de la proximidad temporal entre la circunstancia o condición protegible y la medida empresarial, las Sentencias del TSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2011 (recurso núm. 4367/2010), y de 17 septiembre 2013 (recurso núm. 3563/2012); así como las Sentencias del TSJ Comunidad Valenciana de 17 de noviembre de 2004 (recurso núm. 2855/2004) y de 18 octubre 2006 (recurso núm. 2822/2006).

no para salvar la improcedencia, sino esencialmente la nulidad de la medida cuestionada. Precisamente, cuando se alegan causas imprecisas o genéricas para justificar un despido, y mas aun en el caso de que la empresa reconociera la propia improcedencia del mismo, el simple alegato y demostración de cierta coincidencia temporal entre el hecho alegado como lesionado y la acción o medida supuestamente lesiva, debería ser suficiente “para abrir razonablemente la hipótesis de la vulneración del derecho fundamental”, tal como se pronuncia la jurisprudencia constitucional<sup>25</sup>.

Las dificultades interpretativas y aplicativas se encuentran pues ante esta doctrina judicial que resuelve supuestas vulneraciones de derechos asociados a la libertad sindical y que se desarrollan con una finalidad representativa, declarando que la empresa no tiene por qué probar la ausencia de móvil discriminatorio contra la afiliada, promotora y/o candidata en elecciones a representantes del personal, si aquella no aporta un panorama indiciario del que se derive un posible móvil discriminatorio por razones sindicales en tanto que sustentado en las circunstancias concurrentes, alegaciones y pruebas para inferir el conocimiento de la empresa.

Considerando este particular contexto, el sistema de protección ante posibles lesiones a los derechos de afiliación o actividad sindical de una trabajadora no cuenta con los mismos elementos de refuerzo y garantía que los delineados para los supuestos de despido en situación de embarazo conforme al art.55.5 b) ET, y que por lo demás resultan exclusivos para tales situaciones al haberse negado desde el TC, y no sin objeciones críticas, su extensión analógica ante otras actuaciones empresariales de afectación a la trabajadora embarazada desconociendo la empresa tal estado, como es el desistimiento empresarial en periodo de prueba<sup>26</sup>.

En suma, fuera de esos supuestos de despido del art.55.5.b) ET, resulta aplicable la doctrina constitucional anterior que sometía la eficacia del panorama indiciario a la acreditación del conocimiento del empresario (STC 41/2002 y

---

<sup>25</sup> Sentencias TC 17/2003, de 30 de enero, y 49/2003, de 17 de marzo.

<sup>26</sup> En efecto, la STC 173/2013, de 10 de octubre, concluyó que el mecanismo de garantía reforzada de las trabajadoras embarazadas en caso de despido previsto en el art.55. ET no puede extenderse por analogía a situaciones o instituciones distintas como es el supuesto del desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, de modo que la nulidad de la decisión extintiva en este supuesto exige acreditar indicios de discriminación, lo que no sucede cuando la empresa no conoce siquiera el estado de gestación de la trabajadora. Esta Sentencia cuenta con un voto particular firmado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Re, y al que se adhieren otros magistrados, señalando que “la regulación del art. 55 LET no es un plus infraconstitucional inspirado por el art. 14 CE; es, muy antes al contrario, la expresión o concreción de un imperativo de ese derecho fundamental”, y en consecuencia “los desistimientos contractuales decididos por el empresario durante el periodo de prueba, respecto de las mujeres embarazadas, disfrutan de una tutela directa, sin necesidad de una previa intermediación legislativa ya que aquella nace del contenido esencial del art. 14 CE”.

17/2003), esto es, a no considerar que existen indicios de discriminación si no queda acreditado que la empresa conociera el estado de embarazo. La misma doctrina pues que hace mella también en el tratamiento y aplicación del sistema protector ante supuestas violaciones del derecho de libertad sindical por la intervención de trabajadoras afiliadas en acciones de actividad sindical (promoción o participación en elecciones sindicales).

Sucede así que sobre dos situaciones personales, de distinta naturaleza pero protegidas ambas por el constitucional manto protector, se tejen entramados diferenciados en orden a la aportación indiciaria que debe desarrollar la trabajadora para que se actúe el mismo mecanismo de la inversión de la carga de la prueba. Contrastan de este modo los esquemas de tutela ante un despido por embarazo o por la afiliación y/o actividad sindical de una trabajadora, a pesar de detectarse ciertas zonas de proximidad o coincidencia entre una y otra situación de afectación a derechos fundamentales. Una situación divergente que puede dar origen a soluciones de difícil aceptación desde el plano de la seguridad jurídica en circunstancias de coincidencia de la situación de embarazo con la de afiliada o candidata en las elecciones, por cuanto podría concluirse en la irrelevancia probatoria de la ignorancia por la empresa de esta última condición ligada al ejercicio de derechos o actuaciones sindicales a efectos de que pueda considerarse la inversión de la carga de la prueba si concurren otras circunstancias que así lo justifiquen, frente a la necesidad de que el empresario conociera el estado de embarazo de la trabajadora para derivar la misma consecuencia probatoria.

Frente a esta diferenciación de planos de protección o de sistemas de tutela que divergen en función de la presencia o no de un elemento intencional deducible por el previo conocimiento empresarial, habría de reclamarse por el contrario un sistema de protección no solo “ante actos discriminatorios intencionales, que por lo general se acreditarán a través de la dinámica propia de la prueba indiciaria, sino también cualquier perjuicio objetivo contra el factor protegido por el derecho fundamental sustantivo”<sup>27</sup>.

Desde este básico planteamiento de que la tutela ha de ser estrictamente aquella intrínseca deducida del propio precepto constitucional, sin requerir intermedia-

---

<sup>27</sup> Voto particular expresado por el magistrado Fernando Valdés a la STC 173/2013, de 18 de mayo, criticando esa distinción entre tutela intencional y tutela objetiva de la discriminación, “situando la primera en el contenido esencial del art. 14 CE y la segunda en una especie de contenido adicional -por manejar un concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional en relación con otro derecho fundamental: la libertad sindical-, de creación legal, concluyendo, a partir de esta diferenciación y sin ofrecer la necesaria motivación, que la tutela antidiscriminatoria ante actos que lesionen objetivamente, sin voluntad o *animus* de relegación, el derecho fundamental implicado en estos escenarios discriminatorios ha de calificarse como diferente y de contenido menor o inferior a la tutela intencional”.

ciones legislativas que refuercen la tutela, bastaría a tal fin la eficacia de los dos elementos derivados del art.28 CE: el ejercicio de un derecho asociado al mismo y la concurrencia de un perjuicio asociado a tal ejercicio, sin revestir al elemento intencional de un papel esencial y definidor de la protección a dispensar.

En este sentido no puede desconocerse que el propio TC aceptó y confirmó la posibilidad de una vulneración objetiva de la libertad sindical al margen de la intencionalidad de la actuación empresarial lesiva<sup>28</sup>, apoyándose en su mas general doctrina acerca de que la vulneración de derechos fundamentales “no queda supe- ditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control. Este elemento intencional es irrelevante”<sup>29</sup>. Si conforme a esta doctrina basta “constatar la presencia de un nexo de causalidad adecuado entre el comportamiento antijurídico y el resultado lesivo prohibido por la norma”, en supuestos de actuaciones empresariales supuestamente motivadas en la afiliación y/o actividad sindical de la trabajadora, debería también ser suficiente una aportación indiciaria de la misma que no requiriese la constatación o demostración del conocimiento previo por el empresario de su condición de afiliada.

Solo así se conseguirá una tutela eficaz en el proceso y en el resultado, es decir, mantener la protección de la afiliada ante medidas empresariales lesivas, tanto de la que desarrolla su prestación laboral sin dar a conocer su condición (como corresponde legítimamente a su esfera de intimidad y decisión), como de aquella que la visibiliza participando en acciones de promoción de elecciones o presentación de candidaturas.

El hecho de la afiliación habría de quedar de este modo contemplado por sí mismo como un indicio de vulneración que unido a otras circunstancias concurrentes de valor asimismo indiciario, desplace a la empresa la obligación de probar la regularidad constitucional de su acto. Las dificultades de encontrar resoluciones judiciales que así lo recojan, prescindiendo del elemento intencional, deducido del

---

<sup>28</sup> Cfr. STC225/2001, de 26 noviembre, precisando que “si bien la perturbación lesiva del papel institucional del sindicato puede cobijarse en una estrategia empresarial destinada a mermar su función reguladora (STC 208/1993, de 28 de mayo), cabe también una vulneración objetiva de la libertad sindical, al margen de esa voluntad o intencionalidad. Así lo dijimos implícitamente en la Sentencia recién citada, aunque para negar que concurriese la lesión denunciada conforme a los perfiles de aquel caso, y lo hemos sostenido expresamente en la STC 107/2000, de 5 de mayo , o en la serie de resoluciones que en ella se recogen, cuando, tras el examen de los factores concurrentes, concluimos en la posibilidad de apreciar una conducta antisindical caracterizada «por el resultado para el derecho o bien objeto de tutela y no por la intencionalidad del sujeto que la lleva a cabo, como ya ha declarado este Tribunal (Sentencias 124/1998, de 15 de junio, y 126/1998, de 15 de junio)”.

<sup>29</sup> Cfr. STC 11/1998, de 13 de enero, recogida también por STC 225/2001, de 26 de noviembre.

previo conocimiento, como factor decisivo para proyectar la inversión de la carga de la prueba, muestran sin duda las graves fisuras en un sistema protector ante el ejercicio de derechos sindicales y de actuación representativa que particularmente agrava a las trabajadoras por su mayor exposición a situaciones de desventaja, y que en modo alguno facilita o propicia la participación de la mujer en acciones de promoción o conformación de órganos de representación del personal.

### **2.3. Mecanismos de promoción**

Ante esta situación de escasas facilidades instrumentales y jurídicas para favorecer la presencia equilibrada, paritaria, o incluso la simple incorporación de la mujer en esquemas representativos del personal en la empresa, parecería que el único frente al que en su caso exigir responsabilidades y en consecuencia medidas correctoras y actuaciones promocionales hubiera de ser el propio sistema jurídico en sus vertientes de acción legal y de tutela constitucional. Sin desechar la idoneidad de cambios en el sistema protector dirigidos a cercenar las medidas empresariales con motivaciones discriminatorias y antisindicales y a reforzar la posición laboral de las trabajadoras, con especiales mecanismos de amparo para las que ejercitan derechos asociados a la libertad sindical, el impulso hacia la participación de la mujer en acciones y esquemas de representación también debe generarse en el propio ámbito de la empresa y en paralelo, e incluso como factor dinamizador, en el mismo centro gestor y decisor del sindicato.

No puede eludirse el hecho reconocido y afirmado en todos los planteamientos de igualdad por razón de género, que los estereotipos asociados a la mujer están en la base de un importante número de situaciones de desigualdad y desventaja que sufre la mujer en los más distintos ámbitos donde aquella está presente, incluyendo el mercado de trabajo y específicamente en el contexto de las relaciones laborales desarrolladas en entornos económicos y profesionales. Pero así como estos estereotipos están sin duda obstaculizando las posibilidades de promoción de la mujer para llegar a los equipos directivos y órganos de decisión de las empresas, no hay elementos de contraste que permitan afirmar que se reproducen iguales circunstancias en el plano del acceso de las trabajadoras a los órganos de representación del personal, ni tan siquiera en aquellas empresas o sectores productivos donde no es mayoritaria la presencia femenina. No hay datos o informaciones que permitan asegurar que entre los trabajadores por lo general actúen ideas preconcebidas o prejuicios sobre la mayor o menor idoneidad y capacidad de las mujeres para realizar acciones sindicales y particularmente funciones representativas, a la hora de decidir su apoyo a candidaturas y órganos con participación femenina. Por su parte, la empresa ha de desempeñar un papel absolutamente neutro en lo que atañe a un posible objetivo de paridad en la composición de órganos de representación del personal; un papel que no obstante y en ocasiones queda claramente reprobado con actuaciones de movilidad funcional, geográfica, sanción o despido dirigidas a evitar

la promoción de elecciones sindicales o la elección como representante de un concreto trabajador o trabajadora<sup>30</sup>. En este sentido no puede obviarse el grado de influencia que comportamientos de esta naturaleza, y que afectan a la confianza en la tutela que debe recibir el ejercicio de derechos de afiliación y acción sindical, pueden tener en las decisiones de trabajadoras a la hora de asumir iniciativas o responsabilidades en orden a la representación del personal en la empresa.

De hecho es esta voluntad o decisión individual de la trabajadora la que por lo demás debe aunarse a otra de conformación colectiva para iniciar o mantener una trayectoria de acción representativa. Esto es, para favorecer las opciones de las trabajadoras en este terreno se hace preciso sin duda el apoyo de la propia organización sindical de base, por cuanto la mayor o menor presencia de mujeres en las listas sindicales va a depender en suma de la doble circunstancia de la voluntad conforme de la trabajadora en ser elegible, por un lado, y del sindicato que apoye la lista en cuestión, por otra. Desde otra lectura, es claro que la sola voluntad del individuo interesado no es motivo suficiente para reclamar su presencia en una candidatura, pero cabe preguntarse si son suficientes unos supuestos motivos sindicales para rechazar la incorporación de una candidatura femenina aun cuando ello suponga crear o mantener una diferenciación de género en la composición de la lista y en las opciones de elección, o si por el contrario debiera primar un principio de igualdad que impusiera la participación de la trabajadora interesada en la candidatura frente a cualquier otro interés sindical o criterio impeditivo u obstativo. En otros términos, la presencia de mujeres en las listas sindicales (número y posición dentro de las mismas) debe obedecer a criterios objetivos (por ejemplo, el de proporcionalidad con la composición de la propia plantilla) o de interés laboral (como la promoción de determinadas categorías o funciones a través de representantes pertenecientes a las mismas), pero en modo alguno puede primar la consideración de género como factor diferencial no justificado, en virtud por ejemplo de seguimiento de tradición (predominio masculino) o evitar confrontaciones (con empresa y resto de plantilla por una mayor presencia femenina, sobre todo en sectores donde las mujeres no están especialmente representadas).

Desde este aspecto, no sería extremado o desorbitado reclamar un principio de democracia paritaria en la decisión sindical de conformación de candidaturas a órganos de representación, considerando que a los sindicatos, en tanto que instituciones de relevancia institucional, al igual que los partidos políticos se les puede

---

<sup>30</sup> Tal y como son conocidas y resueltas generalmente por los tribunales ordinarios. Entre otras muchas véase, en demandas presentadas por trabajadoras, STS 25 junio 2012 (recurso udd. núm. 2370/2011); STSJ Andalucía de 8 de julio de 2002 (recurso núm.2069/2002), STSJ Asturias de 9 de marzo de 2001 (recurso suplicación núm. 2686/2000), Sentencias del TSJ C. Valenciana de 17 noviembre 2004 (recurso núm. 2855/2004), de 31 de mayo 2007 (recurso núm. 1426/2007), y de 6 mayo de 2014 (recurso núm. 623/2014); STSJ Asturias de 28 de octubre de 2011 (recurso núm. 2294/2011).

imponer limitaciones en su estructura interna y un funcionamiento democrático que por el contrario no se exige a otras asociaciones de carácter general<sup>31</sup>.

En todo caso es el sindicato, como ámbito de acogida y organización de acciones sindicales y de representación, quien debe asumir un papel de responsabilidad no solo en el frente de la elusión y corrección de comportamientos, tanto los nacidos en el propio sindicato como los externos al mismo, contrarios a las posibilidades de participación y presencia de trabajadoras en órganos de representación, sino también en aquel otro frente de la adopción de medidas promocionales que favorezcan la actividad representativa de la mujer en igualdad de condiciones que el resto de trabajadores. Y en este panorama referencial surge la oportunidad, idoneidad y admisibilidad en su caso del sistema de cuotas.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, acepta el sistema de las cuotas al incorporar el principio de composición equilibrada de mujeres y hombres como condicionante de la formación de listas electorales (Disposición Adicional 2<sup>a</sup>)<sup>32</sup>, lo que arrastró como consecuencia la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de régimen electoral general, para disponer como regla general que cada tramo de cinco candidatos en una lista electoral en el ámbito de la representación política, debe haber un mínimo de 40% de hombres o mujeres, esto es, una proporción de tres/dos en cada tramo.

Más allá de los ámbitos contemplados y ordenados por estas normas, no hay disposición alguna que autorice o impida fijar una reserva de puestos para mujeres en una candidatura sindical. A tal efecto, puede sin duda aludirse a las conocidas críticas vertidas sobre el sistema de cuotas en candidaturas electorales, centradas esencialmente en la incongruencia de un mecanismo que pretendiendo promover la igualdad tenga en última instancia como efecto la eliminación de criterios de objetividad, conocimiento, mérito y capacidad; y efectivamente una posible candidatura sindical conformada sobre la base de un sistema de cuotas difícilmente escaparía a las mismas críticas. Sin embargo, en cuanto tal mecanismo queda avalado como una medida correctora de la infrarrepresentación de las mujeres en órganos o puestos de responsabilidad ya sea política o de otra índole social o empresarial, no puede descartarse la admisibilidad y funcionalidad de un sistema de cuotas en el particular entorno representado por las elecciones sindicales en la

---

<sup>31</sup> Cfr. STC 3/1981, de 2 de febrero.

<sup>32</sup> Sistema de cuotas que fue avalado por la STC 12/2008, de 29 de enero, desestimando el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Partido Popular frente a la Ley 3/2007. Igualmente la STC 13/2009, de 19 de enero desestimando el recurso de inconstitucional presentado contra una ley del parlamento vasco (Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres) que refería a tal sistema de cuotas para órganos administrativos pluripersonales, tribunales de selección, jurados de concesión de premios o subvenciones, y especialmente en candidaturas a elecciones al parlamento vasco.

empresa, allí donde se produce la conformación de voluntades particulares para un fin privado, cual es la creación de un mecanismo representativo en el ámbito de la empresa, aun con relevancia jurídica pública. Las elecciones sindicales cuentan pues con su propia ordenación jurídica, su propia dinámica y sus propias reglas definitorias que no impiden intrínsecamente la adopción de una medida de acción positiva con el fin pretendido de favorecer la presencia de mujeres en esquemas representativos que adolecen de déficits en participación equilibrada<sup>33</sup>. No obstante, aun cuando tal medida pueda superar el test de su razonabilidad y proporcionalidad para poder actuar en la conformación de las listas sindicales en la correspondientes elecciones a órganos representativos del personal, existen variantes cruciales a considerar que condicionan el paso desde el planteamiento teórico a la realidad práctica de un sistema de cuotas en las elecciones sindicales.

Ciertamente puede servir como valioso referente a tal efecto la mecánica utilizada por las organizaciones sindicales más representativas que acogen el sistema de cuotas incluso como una obligación estatutaria, si bien articulado a nivel interno del propio sindicato y sobre la base de un criterio de proporcionalidad en función de la afiliación femenina.

En concreto, el sistema de cuotas se adopta en UGT y en CC.OO como un mecanismo que pretende garantizar la presencia equilibrada de hombres y mujeres en todos los órganos de dirección, decisión y control del sindicato. Haciéndose depender el sistema de cuotas de la media de afiliación de mujeres, en ambos sindicatos se fija tal medida en el 30% para actuar así como referencia de cuota en las distintas federaciones del sindicato. De este modo, en el caso de UGT, la federación que no alcance el 30%, su cuota de participación será la de su afiliación femenina, mientras que la federación que iguale o supere ese 30% de afiliación, su cuota será la paridad para ambos sexos. Por su parte en CCOO, las candidaturas en las organizaciones en las que la afiliación de hombres o mujeres sea inferior al 30%, aquellas incorporarán como mínimo un número de hombres o mujeres proporcional al mismo número de afiliados y afiliadas en dicha organización incrementado en un 10%, mientras que en las organizaciones cuya afiliación femenina sea igual o superior al 30% del total de la afiliación, las candidaturas guardarán la proporción del 60/40% para cada uno de los géneros.

---

<sup>33</sup> Al respecto debe recordarse que un sistema de cuotas no condiciona el derecho a ser elegible, puesto que “nadie ostenta frente a sus conciudadanos un derecho fundamental para ser por ellos propuesto y presentado, a través de tales organizaciones o agrupaciones, como candidatos a unas elecciones” (STC 78/1987, de 26 de mayo) Asimismo, tampoco queda afectado el derecho al sufragio activo por cuanto queda en todo caso asegurado que acceden los candidatos elegidos por los electores como sus representantes, esto es, la debida correlación entre la voluntad del cuerpo electoral y la proclamación de los candidatos (entre otras, Sentencias del TC71/1989, de 20 de abril, y 185/1999, de 11 de octubre).

Ahora bien, este mecanismo que actúa a nivel federal y confederal, difícilmente puede trasladarse y aplicarse en las candidaturas del sindicato a órganos de representación del personal en las empresas: los sectores o ámbitos de actividad presentan sus peculiaridades en cuanto a la composición de la plantilla (mas feminizada o masculinizada en unos casos, mas paritaria en otros), y aun dentro de este esquema, los colegios electorales puede ser variables en cuanto a presencia por igual o no de ambos sexos.

La diversa distribución de hombres y mujeres por sectores, empresas y categorías profesionales, impide intrínsecamente un sistema de finalidad única y de vocación general, por cuanto en cada fábrica, taller u oficina habría de valorarse su plantilla y en consecuencia la necesidad en su caso de plantear un objetivo de paridad en la composición de sus correspondientes órganos de representación; un análisis que por lo demás pudiera derivarse en una lectura inversa en la que no se trate de promocionar la presencia femenina en tales órganos sino la masculina. En tal sentido, baste apuntar la divergencia que presentan sectores como la construcción o la minería, frente al textil o educación, o incluso entre el sector privado y el empleo público, como para poder formular un igual mecanismo de cuota.

En definitiva, será la particular y distinta morfología de cada entorno de prestación de relaciones laborales la que permita detectar la idoneidad o no de plantear un objetivo de paridad en la conformación del correspondiente órgano de representación, y será asimismo la propia entidad de la empresa o centro la que termine justificando el grado de presencia y permanencia de mujeres en los esquemas representativos. Es decir, con independencia del impulso que a tal fin pudiera proporcionarse con mecanismos puramente instrumentales como son las cuotas en las candidaturas sindicales, lo cierto es que el aspecto funcional constituye asimismo un elemento de peso y de indudable trascendencia en el acceso y mantenimiento de las trabajadoras a la función representativa. Desarrollar dicha función requiere una dedicación en tiempo y disponibilidad que puede asimismo variar dependiendo del entorno empresarial de referencia, por cuanto no puede medirse por igual las tareas representativas en empresas o centros de grandes dimensiones o de especial conflictividad laboral, con aquellas que se desarrollan en contextos de reducido tamaño o de mayor simplicidad organizativa o productiva. En suma, los tiempos y los espacios de representación pueden limitar las opciones de quienes, como las mujeres, asumen más cargas familiares o están sometidas a mayores y frecuentes intervalos de entrada y salida en la contratación laboral.

De nuevo pues son las desventajas iniciales con las que la mujer tiene que enfrentarse en el mercado de trabajo, y buena parte de ella derivadas de las responsabilidades familiares que pesan en mayor medida sobre las trabajadoras, las que se apuntan como un elemento condicionante para modular la presencia de las mujeres

en los órganos de representación y que en consecuencia debe valorarse convenientemente en toda propuesta o planteamiento de paridad en tal ámbito.

### **3. LA PERSPECTIVA FUNCIONAL DE LA PRESENCIA FEMENINA EN LOS ÓRGANOS DE REPRESENTACIÓN**

Considerando precisamente que son esas responsabilidades familiares las que de forma principal aparecen como hándicaps para el logro por la mujer trabajadora de objetivos laborales y para el pleno ejercicio de ciertos derechos entre los que se cuentan aquellos ligados a la libertad sindical, el propio sistema jurídico laboral se presenta como un obligado responsable a la hora de aportar los oportunos mecanismos que reduzcan o eludan esas desventajas, proporcionando entramados de conciliación y adecuación entre la vida familiar y la laboral. Como corresponde a dicho sistema, y a tal fin, la negociación colectiva desarrollada por los representantes de los trabajadores, en las distintas versiones o variantes en las que aquélla puede expresarse (convenios, acuerdos, pactos), puede y debe cumplir una función primordial.

Es cierto que se cuenta con un importante entramado de disposiciones legislativas (básicamente el ET y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres) que aportan los nudos de una red que trata de unir y conciliar la vida familiar y la laboral, pero sobre ellos puede y resulta exigible que la negociación colectiva refuerce y amplíe esa red con particulares medidas y acciones a adoptar en los entornos empresariales. En este punto no cabe sino afirmar la virtualidad de la negociación colectiva como marco para concretar e implantar derechos en materia de igualdad, pero apenas se cuestiona la capacidad del marco negociador para alterar situaciones de desventaja ocultas tras determinados e inerciales contenidos negociales, lo que sin duda traslada el foco de atención hacia los márgenes de decisión de los interlocutores sociales responsables de la negociación.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que al menos el órgano de representación del personal es el receptor de las distintas voluntades de sus miembros y no siempre se muestra fácil la idoneidad de aunar las mismas en pro de una unidad de orientación y acción. Los criterios diferenciales o no excesivamente cercanos que por lo general han de convivir en los esquemas representativos, expresivos de diversas estrategias y líneas programáticas de sus componentes, pueden dificultar sin duda la adopción de decisiones de conjunto sobre los ámbitos y contenidos hacia los que dirigir su actividad representativa y especialmente la negocial. Más aun, en un contexto negociador con la empresa (ya sea con acuerdos generales o puntuales, o con convenios colectivos) no es infrecuente sacrificar ciertas pretensiones o posturas sobre determinadas cuestiones para priorizar la consecución de otros objetivos considerados prevalentes.

Y es en esta dinámica de funcionamiento de los órganos de representación y de la misma técnica negociadora, donde podría cuestionarse si la mayor o paritaria presencia de las mujeres en aquellos órganos altera o condiciona las reglas de juego con el sentido finalista de que cobren más centralidad o atención en la función representativa y negociadora aquellas cuestiones o materias que directa o indirectamente participan de una situación de desventaja laboral para las mujeres. En definitiva, la pregunta sería si la conformación paritaria de los órganos de representación favorece la actividad representativa con esta orientación negociadora.

Obviamente, para poder dar una respuesta a dicha cuestión se requeriría contar con datos obtenidos del cruce informativo entre, por un lado, esquemas de representación y más exactamente mesas de negociación con distinta participación femenina y en diversos sectores, y por otro lado, los contenidos de acuerdos o convenios colectivos negociados por aquellas donde pudiera observarse la inserción y alcance de temas que reflejen ventajas o desventajas para las trabajadoras. Se requeriría pues un análisis de tal entidad y envergadura que no solo exige más espacio y dedicación del que aquí se ofrece, sino que además necesitaría contar con ciertos datos que ni tan siquiera son fácilmente obtenibles, como es el número de trabajadoras que forman parte de las mesas de negociación, dado que no es una referencia que aparezca en la ficha de registro de un convenio firmado<sup>34</sup>.

A falta de ese particular análisis, no obstante sí es posible al menos indicar aquí aquellas materias insertas en el propio esquema ordenador de las relaciones laborales en las empresas, y por ende perfectamente identificadas como materias negociadoras en acuerdos o convenios colectivos, respecto de las que podría inferirse mayor sensibilidad o aproximación hacia su tratamiento desde unos órganos de representación que cuenten con una importante o paritaria presencia de mujeres. En modo alguno se insinúa que los esquemas representativos del personal, cualquiera que fuera su conformación, no asumen el objetivo y en definitiva el deber de afrontar la mejora y promoción de ciertas cuestiones de las relaciones laborales que pudieran limar o corregir preexistentes situaciones de desventaja para las trabajadoras, pero sí se sugiere que la presencia de mujeres en tales esquemas de representación podría aportar un plus de comprensión y de evidencia ante prácticas incluso inerciales asumidas y desarrolladas en la empresa que provocan situaciones de desigualdad por razón de género y que en consecuencia habrían de ser sometidas a revisión y renegociación<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Un dato que según fuentes sindicales, la administración se muestra reacia a incorporar pese a las reiteradas solicitudes de responsables de igualdad del sindicato en tal sentido.

<sup>35</sup> “Cuando los equipos negociadores incluyen una representación equilibrada de mujeres y hombres no solo se negocian temas específicamente dirigidos a eludir la brecha salarial, sino también me-

Por lo general, las cuestiones asociadas al género que habrían de focalizar mayor grado de interesamiento a nivel negociado para su plasmación en acuerdos o convenios, se relacionan con la clasificación profesional y su traslación retributiva, el sistema de promoción, y la ordenación de los tiempos de trabajo. Y como actuación de cierre, un plan de igualdad mientras fuera necesario proceder a detallarlo o ampliarlo con medidas complementarias.

Sometiendo al test del enfoque de género estas materias que son clave en la ordenación de las relaciones laborales en la empresa, tal como aparecen o se reflejan en los textos convencionales, pueden ofrecerse esos necesarios datos de diagnóstico de situación que propicie en su caso el rediseño de aquéllas conforme a parámetros de igualdad.

En este sentido, los sistemas de clasificación profesional pueden concentrar un importante número de ejemplos que derivan en desigualdades y desventajas para las trabajadoras, por lo que cotidianamente aparecen en el foco de atención de iniciativas y propuestas de reordenación. No sin justificación surgen expresiones a favor de la utilización de criterios de género neutro en la definición y evaluación de las distintas funciones y categorías profesionales<sup>36</sup>, dirigiendo la mirada, a tal fin, a los responsables de la gestión empresarial y sin duda a los representantes de los trabajadores implicados en su determinación y traslación a los convenios colectivos. Pero son las mujeres insertas en esquemas de segregación tanto vertical como horizontal las que podrían estar en mejores condiciones de evidenciar tal situación y de proponer vías de corrección y radicación, desde fuera pero especialmente desde dentro de los esquemas representativos con facultades de interlocución con la empresa.

Asimismo, debe destacarse no solo el papel que jurídicamente les compete desarrollar a los órganos de representación, sino también el especial compromiso que habrían de asumir a la hora de abordar los procesos de selección y contratación en clave de igualdad, con el fin de propiciar un mayor número de trabajadoras contratadas para determinadas tareas o funciones, allí donde se ha detectado carencia de mujeres y una vez diagnosticadas las causas. En concreto, en sede de ascensos

---

didadas que impactan positivamente sobre intereses salariales de las mujeres (acuerdos sobre trabajo flexible, servicios de guardería, etc.”.Cfr. ETUC, Resolution *Collective bargaining \_our powerful tool to close the gender pay gap*. Adopted at the executive committee meeting of 17-18 June 2015. Disponible en <https://www.etuc.org/documents>

<sup>36</sup> Al respecto recuérdese el claro imperativo recogido en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en el sentido de que “cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de retribuciones, tal sistema se basará en criterios comunes a los trabajadores de ambos sexos y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo”.

y promoción, si el test de igualdad demuestra desigualdades por género, los órganos de representación con presencia equilibrada de mujeres debieran ser más proclives a presentar y defender mecanismos compensatorios como podría ser la fijación de porcentajes mínimos de trabajadoras a promocionar en determinados intervalos temporales, al menos hasta alcanzar una paridad o una mayor proporcionalidad según plantilla<sup>37</sup>, o cualquier otro mecanismo que propicie que las mujeres asciendan prioritariamente a igualdad de calificación, mérito, aptitud y de prestaciones profesionales<sup>38</sup>.

Por otra parte, es de general conocimiento que tras el diseño de ciertos puestos de trabajo y las categorías profesionales, con un valor económico asignado que suele ser inferior en aquellos de mayor o prioritaria ocupación femenina, a lo que añadir la falta de transparencia en los esquemas retributivos de los que se deducen complementos personales de oscuras trazas finalistas, se ocultan sin duda los problemas de paridad retributiva por el desempeño de trabajo de igual valor y la denunciada brecha salarial en las percepciones percibidas por mujeres y hombres<sup>39</sup>.

Pero es ahora, cuando la función redistributiva de la negociación colectiva en términos de propiciar la igualdad en derechos y condiciones está más cuestionada que nunca, es cuando más en peligro se encuentra el propósito de eludir las brechas salariales por razón de género que se generan y se solidifican en el propio marco negociador<sup>40</sup>. De donde el interés sindical y la función representativa deben dirigirse no solo a conseguir erradicar la devaluación salarial sufrida en los últimos años de crisis, sino también la distancia injustificada en los salarios que perciben los trabajadores por el único motivo del género. La prioridad negociadora no puede reducirse únicamente al restablecimiento de las condiciones retributivas si no va también implícita la igualdad salarial, de ahí que deban extremarse los esfuerzos por parte de los interlocutores sociales en mejorar la transparencia de las retribuciones<sup>41</sup>, lo que debe incluir también la fijación de unos criterios objetivos y cuantificables que eludan concesiones veladas y arbitrarias derivadas en gran medida de diseños de sistemas salariales donde predominan determinados complementos re-

---

<sup>37</sup> Tal es por ejemplo la propuesta negociada desde una representación con importante presencia femenina en una empresa como es El Corte Inglés donde el 67% de la plantilla está compuesta por mujeres, pero solo representa el 19% a nivel de jefatura.

<sup>38</sup> Tal y como recoge el TJCEE en sus conocidas sentencias de 17 de octubre de 1995 (Asunto Kallanke), de 11 de noviembre de 1998 (Asunto Marschall) y de 28 de marzo de 2000 (Asunto Badeck).

<sup>39</sup> Jornadas estatales de CCOO sobre “La acción sindical frente a la brecha salarial: impacto y repercusión de género”, Valladolid diciembre 2014.

<sup>40</sup> En la citada resolución del ETUC “*Collective bargaining \_our powerful tool to close the gender pay gap*”, precisamente se indicaba cómo en época de crisis se hace más difícil convencer a los negociadores sindicales y empresariales para hacer frente a las desigualdades salariales por razón de sexo e implementar una negociación colectiva sensible al género.

<sup>41</sup> Tal y como se recoge como uno de los objetivos prioritarios en la Comunicación de la Comisión, “Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015”. COM (2010) 491 Final.

tributivos que benefician primordialmente los puestos que son ocupados mayoritariamente por los hombres (porque su determinación o el sistema de cálculo varía de un puesto a otro, o de una a otra categoría, favoreciendo particularmente a un sexo frente al otro). En ocasiones se trata de elementos inerciales en la clasificación profesional y correlativamente también en las estructuras salariales que pueden ser corregidos en los convenios colectivos, en tanto se asuma tal compromiso y se dirija la negociación hacia tal fin. La presencia de las mujeres en los órganos de representación y especialmente en los equipos de negociación aparece como un elemento que podría promocionar, favorecer y en suma garantizar tales medidas.

Igualmente, un foco de especial interesamiento desde la perspectiva del género, y en consecuencia también de la propia función representativa abordándolo en la misma clave, es sin duda la ordenación negociada de medidas de flexibilidad interna, por los efectos e implicaciones que una distribución irregular de jornada, cambios en las condiciones de trabajo, ajustes contractuales a fluctuaciones de la empresa, etc., pueden tener a su vez como instrumentos de conciliación y de preservación de la igualdad de oportunidades, al margen de la articulación de generales o específicas medidas de conciliación que requieran ser adoptadas a través del marco negociador.

Y para finalizar, cabe destacar la importancia que intrínsecamente reviste un plan de igualdad, obligatorio en determinadas empresas pero recomendable en el resto si se detecta su necesidad, como “conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (art. 46 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres). Pero más allá de la cuestión del contenido material de un plan de estas características, existen otras de índole operativo que refieren a quiénes son los sujetos que lo negocian, quiénes lo aplican y quiénes en suma vigilan su cumplimiento, por cuanto la eficacia jurídica de un plan de igualdad va a depender en definitiva de la capacidad de los sujetos responsables de garantizar su finalidad. A tales efectos, qué duda cabe que un *prius* de formación o participación en igualdad que se garantice desde la propia composición de los órganos representativos del personal, y con competencia en dichas funciones de vigilancia y control del plan, puede marcar la diferencia entre la inoperancia y la efectividad en la empresa de un programa de igualdad por razón de género.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIONES

Desde las mas variadas organizaciones sociales, económicas y jurídicas (Comisión Europea, Organismos gubernativos, Confederaciones Empresariales, Sindicatos, Universidades, etc.) se ha venido poniendo de manifiesto la

subrepresentación de la mujer en los procesos de toma de decisiones y en los puestos de responsabilidad, y en consecuencia la necesidad de trabajar por una representación más equitativa. Pero no existen referencias paralelas de diagnóstico en un ámbito tan particularizado como es el de los esquemas de representación del personal en las empresas, un entorno donde a las trabajadoras les puede resultar más difícil la llegada pero más fácil aun la salida que a sus compañeros masculinos, posiblemente por las mismas o similares razones que limitan la promoción y ascenso de las mujeres a los puestos directivos de las empresas.

Ya primigeniamente el diagnóstico de situación se presenta de una extrema complejidad ante la propia dificultad y diversidad de las variantes a considerar (composición de plantilla en distintos sectores de actividad y en empresas de diferente dimensión; ámbitos privados y públicos; influencia regional; cuotas de proporcionalidad; implantación sindical; conformación de mesas negociadoras; acuerdos o convenios adoptados por las mismas, etc.) y los propios sindicatos interesados son conscientes de la importancia decisiva de contar con un análisis de tal naturaleza para, al modo articulado con los planes de igualdad en la empresa, idear y proponer las medidas que fueran precisas allí donde se identificaran desventajas o dificultades que impidiesen una presencia equilibrada de las mujeres en los órganos de representación.

Desde un inicial plano de aproximación al debate, no escasean aportaciones de fuente sindical que subrayan la necesidad de establecer estrategias de transversalidad para abordar la igualdad en el conjunto del sindicato, lo que incluyen el aumento de la afiliación femenina, una formación sindical especializada en igualdad, y la participación de mujeres en listas electorales. El compromiso por las políticas de igualdad va más allá de su mero reflejo documental: curiosamente a pesar de toda una ingente documentación sindical (desde los estatutos, hasta sus informes o ponencias congresuales) se sigue reclamando por las trabajadoras sindicalistas una mayor presencia, una transversalidad de la igualdad en la estructura y acción sindical y en suma mayor compromiso a la hora de que las mujeres puedan acceder a los mismos puestos de responsabilidad, gestión y dirección, y en las mismas condiciones, que los hombres han venido manteniendo casi en exclusividad. En suma, las mujeres sindicalistas reclaman un ejercicio claro de democracia en el seno del sindicato, y que sea esa democracia, y no la adopción de la cuota, la que favorezca su mayor presencia en los órganos de decisión tanto del propio sindicato como de los órganos representativos.

Pero en el abordaje de esta temática de la presencia paritaria o equilibrada de las mujeres en órganos de representación, la responsabilidad no solo reside en la organización sindical interesada por cuanto también a la empresa misma le compete desarrollar una gerencia de recursos humanos y una ordenación de las relaciones laborales desde la óptica de la igualdad de oportunidades, lo que incluye no solo

erradicar procedimientos de gestión estereotipados por el género sino también prácticas o decisiones que penalicen las opciones de las mujeres en el acceso a puestos de responsabilidad, incluidos los de naturaleza sindical y/o representativa. La empresa debe estar pues igualmente comprometida con la igualdad, y una base crucial a tal fin lo constituye la posibilidad de que se formulen posiciones comunes entre la empresa y los representantes del personal a través primordialmente de la negociación colectiva.

En concreto, y desde el aspecto funcional, las medidas dirigidas a integrar la perspectiva de género en la función representativa y en especial en la negociación colectiva, requieren ser integradas no solo con actuaciones de formación de los representantes en materia de igualdad, o de refuerzo de buenas prácticas, sino también con acciones de impulso a la participación de mujeres en los órganos y procesos de negociación.

No debe descartarse la posible influencia que los déficits negociadores puedan tener sobre la situación de desventaja laboral y especialmente económica en la empresa que sufren las mujeres, de donde el refuerzo y la protección de los procesos negociadores en una lectura de igualdad se plantean como algo más que un favorable designio.

En definitiva, el enfoque de género debe trasladarse allí donde opera un mecanismo de defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, de reivindicación permanente por el pleno ejercicio de los derechos de los que es titular cada trabajador en el ámbito de la empresa, incluyendo el de igualdad o el de libertad sindical. Los esquemas representativos del personal son receptores de esos derechos y garantes de su ejercicio, y tal función no puede quedar fuera de los muros estructurales y funcionales de los propios órganos de representación, sino que también debe proyectarse *ad intra* para actuar como marco de análisis y acción frente a las barreras, especialmente las ocultas tras prácticas empresariales y contenidos negociales, que siguen impidiendo que las mujeres participen en igualdad.

Este libro pretende efectuar un análisis completo de las diferentes vertientes en juego que condicionan o favorecen la plena incorporación de las mujeres al trabajo, en un plano de estricta igualdad, no sólo desde el punto de vista formal sino igualmente material. Ello se aborda desde una perspectiva transversal, con voluntad de sacar a la luz aquellos elementos más señalados de la normativa laboral y de protección social que influyen en términos positivos o negativos con vistas a promover y garantizar la igualdad de la mujer en el trabajo. Se afronta una cuestión ya clásica, pero también de permanente actualidad, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, que conecta con valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y con la función social del ordenamiento laboral. Al mismo tiempo, integra el análisis de materias de indiscutible actualidad, pues las transformaciones tan relevantes que vienen produciéndose en los últimos años, tanto económico-sociales como jurídicas, también tienen repercusión sobre la posición de efectiva igualdad de la mujer en el trabajo. Así, se trata el impacto sobre la plena integración de la mujer en el trabajo respecto de asuntos tales como la discriminación múltiple, la actividad de intermediación laboral, el derecho a la propia imagen, vulnerabilidad y precariedad laboral, la conciliación de responsabilidades, la representación colectiva en la empresa, el tratamiento en la negociación colectiva del acoso, los planes de igualdad, las reformas de la pensión de jubilación, la participación en el sector naval, el trabajo a tiempo parcial, la responsabilidad social de las empresas, la prestación por maternidad, así como la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

[www.juntadeandalucia.es/empleo/carl](http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl)

ISBN 978-84-608-3865-4



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales  
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO