



Publicaciones CES-A
COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN

Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias para fomentar la Igualdad de Género

Emilia Castellano Burguillo



**FEMINISMO DE LA DIFERENCIA Y
POLÍTICAS LABORALES COMUNITARIAS
PARA FOMENTAR LA IGUALDAD DE GÉNERO**

A mi familia y a Jesús

CASTELLANO BURGUILLO, Emilia

Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias para Fomentar la Igualdad de Género

Primera Edición: Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, junio de 2008

372 páginas; 16x24 cm. (Colección Premio de Investigación)

Depósito Legal: SE-2677-2008

ISBN: 978-84-691-1283-0

© Emilia Castellano Burguillo

© Para esta edición: Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008

AUTORA

Emilia Castellano Burguillo

COORDINA

Área de Comunicación. CES Andalucía

EDITA

Junta de Andalucía

Consejo Económico y Social de Andalucía

C/ Gamazo, 30. Sevilla. 41001

Tlf: 95 506 62 51

Fax: 95 506 58 07

E-mail: biblioteca.ces.cem@juntadeandalucia.es

MAQUETACIÓN E IMPRESIÓN

LUMEN GRÁFICA S.L.

ISBN: 978-84-691-1283-0

DEPÓSITO LEGAL: SE-2677-2008

Esta publicación está disponible para la consulta y préstamo en el Centro de Documentación del Consejo Económico y Social de Andalucía y accesible a texto completo en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/ces> (dentro del apartado "Trabajos y publicaciones").

Todos los derechos reservados. Prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier procedimiento (ya sea gráfico, electrónico, óptico, mecánico, fotocopia, etc.) y el almacenamiento o transmisión de sus contenidos en soportes magnéticos, sonoros, visuales o de cualquier tipo sin permiso expreso del editor.

La responsabilidad de las opiniones expresadas en el trabajo Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias para Fomentar la Igualdad de Género, presentado a la V Convocatoria (Año 2007) del Premio de Investigación del Consejo Económico y Social de Andalucía, vincula exclusivamente a su autora, Emilia Castellano Burguillo, y no significa que el CES de Andalucía se identifique necesariamente con ellas, si bien ha considerado conveniente la publicación y distribución de la misma.

**FEMINISMO DE LA DIFERENCIA Y
POLÍTICAS LABORALES COMUNITARIAS
PARA FOMENTAR LA IGUALDAD DE GÉNERO**

Emilia Castellano Burguillo



Índice

PRÓLOGO	13
CAPÍTULO I Y CUESTIONES PRELIMINARES: PRESENTACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN	23
CAPÍTULO II: HERRAMIENTAS METODOLÓGICAS UTILIZADAS EN ESTA INVESTIGACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL MÉTODO JURÍDICO Y A LAS PRINCIPALES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO FEMINISTA	35
2.1. INTRODUCCIÓN	37
2.2. ESPECIAL REFERENCIA AL MÉTODO JURÍDICO TRADICIONAL	40
2.2.1. Presentación	40
2.2.2. Características del Método Jurídico Tradicional	43
2.3. PRINCIPALES CORRIENTES DEL PENSAMIENTO FEMINISTA Y JUSTIFICACIÓN DE SU UTILIZACIÓN EN NUESTRO ESTUDIO	46
CAPÍTULO III: NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO	61
3.1. MODELOS DE FAMILIA	63
3.2. SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO	71
CAPÍTULO IV: PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES QUE SE OCUPAN DEL TRABAJO DE LA MUJER	79
4.1. INTRODUCCIÓN	81
4.2. IGUALDAD DE TRATO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ORDEN INTERNACIONAL	82
4.3. IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO	88
4.4. LA IGUALDAD EN LAS CONDICIONES DE EMPLEO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO	98

4.5. SALUD LABORAL Y GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO	104
4.6. LA CONCILIACIÓN DE LOS TIEMPOS DE TRABAJO Y ATENCIÓN A LA FAMILIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL DEL TRABAJO	119
CAPÍTULO V: TRATAMIENTO COMUNITARIO DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA DE LA MUJER	125
5.1. INTRODUCCIÓN	127
5.2. COMPETENCIAS COMUNITARIAS PARA INTERVENIR EN MATERIA DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES	128
5.3. IGUALDAD DE TRATO COMO DERECHO FUNDAMENTAL EN EL ORDEN COMUNITARIO	135
CAPÍTULO VI: POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL DERECHO COMUNITARIO	139
6.1. INTRODUCCIÓN	141
6.2. PROGRAMAS COMUNITARIOS PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES	143
6.3. MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA Y MEDIDAS DE FOMENTO DE LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES	156
CAPÍTULO VII: POLÍTICA COMUNITARIA DE IGUALDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO: EL CASO DEL EMPLEO DE LAS MUJERES	175
7.1. INTRODUCCIÓN	177
7.2. IGUALDAD EN LAS CONDICIONES LABORALES COMO GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE COSTES A CORTO PLAZO	180
7.2.1. Igualdad retributiva	181
7.2.2. Igualdad en el resto de condiciones laborales	191
7.3. MEDIDAS ECONÓMICAS DE FOMENTO DEL EMPLEO FEMENINO COMO GARANTÍA A LARGO PLAZO PARA LA IGUALACIÓN DE COSTES	201
7.3.1. Instrumento para su incorporación en los ordenamientos nacionales	201
7.3.2. Influencia de las Directrices y Recomendaciones de empleo en la creación de empleo femenino	205
7.3.3. Ayudas al empleo en el nivel europeo y en el nivel nacional: su relación con el empleo de las mujeres	216
7.3.3.1. A nivel Unión Europea-Estado	218
7.3.3.2. A nivel Estado-Empresarios	221
CAPÍTULO VIII: POLÍTICA DE SALUD LABORAL Y EL TRABAJO FEMENINO	231
8.1. INTRODUCCIÓN	233
8.2. PRINCIPALES DIRECTIVAS APROBADAS EN LA MATERIA	234

8.3. PROGRAMAS COMUNITARIOS DE ACCIÓN PARA LA MEJORA DEL ENTORNO O MEDIO DE TRABAJO	260
8.4. INSTITUCIONES COMPETENTES EN ESTA MATERIA	267
CAPÍTULO IX: POLÍTICA DE CONCILIACIÓN DE LOS TIEMPOS DE ATENCIÓN A LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES	277
9.1. INTRODUCCIÓN	279
9.2. REGULACIÓN LEGAL DEL TIEMPO PARA TRABAJAR Y ATENDER A LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES	283
9.2.1. Permiso de maternidad	287
9.2.2. Permiso para Exámenes Prenatales	292
9.2.3. Reducción de Jornada	294
9.2.4. Excedencia para el cuidado de familiares	297
9.2.5. El Permiso de Paternidad	301
9.2.6. Ausencias motivadas por causas de fuerza mayor relacionadas con la familia	304
9.2.7. Otros aspectos relacionados con los permisos para la conciliación del tiempo de trabajo y de atención a la familia	308
CAPÍTULO X: CONCLUSIONES	329
BIBLIOGRAFÍA	343

PRÓLOGO

Prólogo

“Esta ocupación de la filosofía afirman algunos que tuvo origen entre los bárbaros”

Diógenes Laercio, *Vida de los filósofos ilustres*

Dónde “bárbaros” quiere decir, así se entendía en la época, “extranjero”; y dónde “filosofía” quiere decir, así pretendo que se entienda, “análisis feminista del Derecho”. Porque el libro que ahora se presenta es un trabajo precisamente de esto, de análisis feminista del Derecho. Análisis que surgió entre los extranjeros, que aquí llegó hace no mucho y que la autora aplica a un conjunto normativo y a unas instituciones propias del Derecho del Trabajo.

El libro de la profesora Castellano Burguillo contribuye al conocimiento científico del Derecho del Trabajo desde al menos dos puntos de vista. El primero es, evidentemente, metodológico, y así se lo planteó la autora desde un primer momento, pues pretendió realizar un ejercicio consciente y sistemático de aplicación de una corriente del pensamiento jurídico a nuestra disciplina. El segundo es material, de conocimiento de una parte fundamental del ordenamiento jurídico del trabajo, con una trascendencia social creciente y una complicación técnica en aumento. La conexión entre ambos trabajos, el metodológico y el material, se encuentra en la igualdad: igualdad como base y como objetivo para el análisis feminista, con el que se estudia; igualdad como objeto de regulación del Derecho comunitario, que se estudia. Desde ambos puntos de vista el trabajo de la Dra. Castellano Burguillo supone un desarrollo a valorar dentro de nuestra doctrina, por lo que a continuación pasaré a reseñar.

Los juristas del trabajo sufrimos una crisis de identidad de la que pocas veces somos conscientes. Mantenemos como una verdad relevada nuestra condición de abanderados de la renovación metodológica, una especie de espíritu de pionero o de vanguardia, cuando esta declaración no se corresponde con la realidad de la producción de nuestra comunidad científica. Un análisis de la vasta, vastísima cantidad de publicaciones asignables a nuestra área de conocimiento nos pone de manifiesto un uso generalizado de los enfoques e instrumentos metodológicos tradicionales de la ciencia jurídica, adaptados a las particularidades del sector del ordenamiento sobre el que trabajamos, sin que llegue a producirse una renovación, ni siquiera una reforma. Pocos ejemplos recientes podemos encontrar de lo contrario. Es obligado citar los trabajos de MERCADER UGUINA y DESDENTADO BONETE aplicando el análisis económico del Derecho a las instituciones jurídico-laborales; o los de RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ manejando las construcciones de la teoría de las relaciones laborales en su estudio sobre el marco jurídico de la estructura de la negociación colectiva. No mucho más.

Esta falta de innovación metodológica es consecuencia, en muchos casos, de la propia particularidad del Derecho del Trabajo como objeto de estudio, en tanto sector del ordenamiento de gran extensión y volatilidad, sometido a un ritmo de reformas legislativas poco frecuente en otras parcelas de esto. Tanto cambio y tanta complejidad genera una demanda continua de comentarios, explicaciones y sistematizaciones del material positivo, y es a esto a lo que nos dedicamos principalmente.

Para muchos la idiosincrasia del jurista del trabajo, que el añorado D'Antona denominó con fortuna "anomalía postpositivista", se expresaría en un par de notas que condicionarían su trabajo investigador: una postura apriorística *pro operario*, analizando las normas laborales desde el punto de vista de los trabajadores afectados por ellas; y una atención a cuestiones consideradas de actualidad. Con lo uno y lo otro nos sentimos diferentes al resto de los juristas, sensibles y comprometidos; como si en los otros sectores de la Ciencia del Derecho estas posiciones no fueran compartidas y practicadas. Y como si nosotros fuéramos siempre consecuentes con estas premisas.

No seré yo quien abomine de nuestra común postura *pro operario*, que yo entiendo como una sensibilidad especial hacia los problemas sociales que constituye no sólo una seña de identidad sino también un valor añadido a la hora de estudiar el ordenamiento jurídico; por eso he defendido en otro lugar la extensión de nuestra actividad a otras áreas cercanas, como el trabajo cooperativo o los contratos de prestación de servicios profesionales, en la medida en que los vemos como lo que socialmente son, fuentes de ingresos económicos y mecanismo de integración social para personas.

Sí respeto menos la opción sistemática por la actualidad. En Derecho "problema de actualidad" no quiere decir necesariamente "última reforma" o "pronunciamiento judicial relevante reciente". Muchos juristas del trabajo así lo

han entendido, y han encaminado su atención hacia los grandes problemas de las sociedades contemporáneas, como la globalización, la violencia de género, la segmentación del mercado de trabajo o el deterioro medioambiental. Pero muchas veces es la presencia de una reforma legal la que lleva a este tipo de estudios, siendo como son cuestiones presentes en los debates de los científicos sociales desde hace tiempo; se estudia, pues, la ley, y a partir de ésta el problema. En una mayoría de los casos, sin embargo, es el criterio de actualidad el que determina la elección del objeto atención, con independencia de la trascendencia, interés o peculiaridades que pueda llegar a tener.

Existen ya voces muy autorizadas denunciando esta progresiva deriva de nuestra doctrina, señalando la inflación de estudios legislativos y jurisprudenciales que nos caracteriza, en detrimento de otro tipo de productos más elaborados y duraderos. El abandono casi absoluto de la comparación jurídica y la ignorancia de las contribuciones científicas de allende nuestras fronteras es quizás la señal más llamativa del cambio de tendencia en la doctrina iuslaboralista española; que no podemos achacar a un cambio generacional, pues a todos, seamos de la generación que seamos, nos afecta.

El análisis feminista del Derecho ha sufrido de este empobrecimiento metodológico, y ha estado prácticamente ausente de nuestra producción científica. Siendo el Derecho del Trabajo uno de los ámbitos en los que este tipo de análisis ha resultado ser más eficiente y fructífero en los países anglosajones y algunos europeos continentales, no ha encontrado en el nuestro un eco suficiente. No vemos una recopilación de estudios al estilo de los "feminist analysis of labour law" que encontramos en Estados Unidos o en el Reino Unido, donde se publican colecciones de monografías o revistas especializadas. Ciertamente es que hay trabajos entre nosotros en los que se parte de estas premisas y se manejan estas perspectivas. Pero no dejan de ser la obra de un grupo muy cualificado, pero reducido, de autoras que se han aventurado por estos caminos, construyendo un conjunto doctrinal meritorio y acertado, con gran autoridad en algunos casos, pero ciertamente limitado a algunos temas y sin llegar a penetrar el mainstreaming de la doctrina iuslaboralista. Nombres como los de PEREZ DEL RIO, LÓPEZ LOPEZ, BALLESTER PASTOR, SAEZ LARA o FERNÁNDEZ LÓPEZ merecen ser en todo caso reseñados.

El análisis feminista no ha conseguido salir del ghetto intelectual al que muchos lo han relegado, considerado como algo propio de mujeres: mujeres tenían que ser quiénes lo aplicaban, sobre temas relacionados directa (y exclusivamente) con la mujer; cuando no se atribuía una militancia política e ideológica a quien lo practicara. Este juicio, que prejuicio es en realidad, ha desviado la atención de estos métodos de análisis, a los que sólo se tornaba cuando de igualdad o de derechos de la mujer se trataba.

El primer mérito de este libro es precisamente el de explicar, con rigor pero también con claridad y concisión, qué es el análisis feminista del Derecho,

cuáles son sus raíces intelectuales, qué objetivos pretende y cómo puede contribuir al estudio de nuestra disciplina. Comparto con la autora el convencimiento de que este método de estudio del sistema jurídico tiene todavía mucho que aportar al desarrollo de la doctrina jurídica laboralista española. Y esto no es entusiasmo ni militancia, sino la simple constancia de un hecho, que siguiendo estas técnicas de análisis se puede llegar a un mejor conocimiento de algunas instituciones propias de nuestra disciplina; que así se lleva haciendo desde hace tiempo en otras comunidades de laboralistas –los juristas bárbaros–; y que es una invención que merece la pena importar y practicar.

En este análisis es fundamental conocer la realidad social, y el verdadero papel de la mujer en la sociedad y en el mercado de trabajo; pues del movimiento feminista vinieron algunas de las primeras críticas al método jurídico tradicional, formalista y abstracto, que ignoraba la experiencia de vida de las mujeres, la eficacia real de las normas y la percepción que de éstas se tenía en los distintos colectivos sociales. En consecuencia se parte de un estudio de esta situación, la de la mujer en el mercado de trabajo; estudio que se acompaña, con acierto, con una descripción de los nuevos modelos de familia, porque resulta impensable, al menos en estos tiempos, desligar el recorrido de la mujer en el mercado de trabajo de la vida familiar, cuya gestión y gobierno se sigue confiando en gran medida a ésta. Hablar de trabajo de la mujer es hablar de conciliar éste con unas responsabilidades familiares mal repartidas, de doble carrera, de sacrificio de oportunidades, de techos de cristal.

Esta monografía se ocupa de las políticas comunitarias para fomentar la igualdad de género. Y se habla así, de políticas en plural, porque varias son las que la Unión Europea ha dedicado a este objetivo, desde la originaria de igualdad de retribución hasta la situación actual, de gran complejidad, extensión y efectividad. Veremos, así, las distintas políticas de igualdad, pero también la de empleo, la de prevención de riesgos laborales y la de tiempo de trabajo, en las que encontramos medidas que comparten una misma finalidad de equiparar la situación laboral de las mujeres. Y se habla también de políticas de género, no de sexo, siguiendo lo que es la norma en los estudios más avanzados de las ciencias sociales, e incluso en la legislación española, por más que nuestros académicos de la lengua no acaben de ver la palabra con buenos ojos –o de oírla con buenos oídos–.

El estudio se articula de forma transversal, en la forma en que el feminismo jurídico nos ha enseñado a trabajar, y que hoy consideramos como algo natural cuando de la mujer se trata. La reciente Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, es una buena muestra de esta forma de enfocar la legislación, incluyendo en una única norma un número elevado de medidas en una diversidad de ámbitos, teniendo el objetivo de fomento de la igualdad real como elemento vertebrador. Esta técnica comienza a extenderse a otros ámbitos y objetivos, y entre nosotros se ha promovido su utilización en relación con la calidad en el empleo, propugnando un análisis de las consecuencias sobre ésta de todas las medidas legislativas y políticas públicas, incluyendo la contratación del sector público.

A lo largo de las páginas de este libro el análisis feminista del Derecho presentado en sus primeras páginas reaparece continuamente en una doble forma. Primero, como perspectiva de análisis, sobre el que estudiar y evaluar las distintas medidas –normas y políticas- comunitarias que se incluyen. Segundo, como explicación de muchas de estas medidas, que expresan la influencia del pensamiento feminista en distintos momentos de la evolución del ordenamiento jurídico comunitario. Es a través de este Derecho Comunitario que muchas de estas contribuciones están llegando al Derecho de España, aunque ello en muchos casos supone que su maternidad quede escondida, y atribuyamos a las instituciones europeas lo que en realidad elaboraron autoras feministas.

Quizás dónde mejor se vea la influencia del feminismo de la diferencia sea en el ámbito de la conciliación de la vida laboral y familiar, que es tratada a fondo en este libro y que merece alguna reflexión. Históricamente esta conciliación se ha entendido de al menos cuatro maneras: en momentos muy anteriores, la conciliación suponía literalmente eso, desarrollar las dos a la vez; esto era posible en economías agrícolas y artesanas, cuando no había separación física entre el hogar y el trabajo, entre el ámbito doméstico y el de la producción. En este modelo las responsabilidades familiares ya caían sobre todo del lado de la mujer; sólo que ésta debía asumir también las profesionales de forma simultánea.

El distanciamiento de ambos ámbitos en momentos posteriores, como consecuencia sobre todo de los procesos de industrialización; y la tendencia a proteger a los niños del trabajo y a asegurarles una formación obligatoria llevaron a cambiar el modelo de conciliación. Entonces conciliar pasó a significar alternar, o vida laboral o familiar. Esta alternancia podía ser por género, trabajo para el hombre, hogar para la mujer –*Kinder, Kuche, Kirche*-; o bien, en el caso de la mujer, por etapas: trabajo durante la soltería, hogar tras el matrimonio. Es la época de las excedencias forzosas por razón de matrimonio, de la expulsión del mercado de trabajo de la mujer casada. Algo de este modelo sigue vigente, y no son pocas las mujeres que abandonan trabajos y carreras por asumir responsabilidades familiares. Pero lo hacen en un contexto diferente, y con un significado radicalmente distinto, que veremos.

Más tarde se acepta el derecho de las mujeres a trabajar durante toda su vida, aún siendo para ellas la mayor parte de las responsabilidades domésticas. Conciliar en esta nueva fase supone poder trabajar y cuidar, y que lo segundo no interfiera con lo primero. Lo central es el derecho al trabajo de la mujer con responsabilidades familiares; para hacerlo posible se adapta la relación de trabajo y se organizan servicios sociales. Se reivindica una igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo, y gran parte del Derecho vigente en España responde a este modelo, aunque en éste coexisten normas e instrumentos de distintas épocas y con objetivos diferentes.

Hoy estamos viviendo una nueva fase, todavía en sus primeros pasos. Conciliar sigue significando coexistir, cuidar y trabajar al mismo tiempo, pero con diferencias notables respecto del modelo anterior. El centro está en la familia, al menos durante etapas de la vida; y, a diferencia de momentos anteriores,

es la propia persona la que elige a qué ámbito dar prioridad, en qué momento, durante cuánto tiempo. No se habla del derecho a trabajar, que está ya conquistado y garantizado. De lo que se habla es del derecho a cuidar, a asumir tareas domésticas que se ven no como una carga sino como una experiencia vital fundamental en la realización personal de todos, hombres y mujeres. La función del ordenamiento jurídico es hacer posible la elección, facilitar el regreso temporal al hogar para priorizar la faceta doméstica, y promover el reinicio de la carrera profesional cuando así se elija.

En este modelo hay un elemento de corresponsabilidad, de reparto equitativo de cargas entre mujeres y hombres que se promociona de diversas formas e incluso se impone. Corresponsabilidad es también igualdad, igualdad en la asunción de las tareas y cuidados que se experimentan en el ámbito doméstico, que a todos los miembros adultos de la familia corresponden; como obligación, pero también como derecho, puesto que la experiencia del cuidado de familiares se percibe como algo enriquecedor y fundamental para la realización personal.

Pero también hay un elemento de diferencia, de aceptación de ésta como algo real que el ordenamiento debe reconocer y respetar. Diferencias que son biológicas, es evidente, y el tratamiento jurídico del embarazo es muestra de ello. También son sociales, culturales, y volitivas. Las mujeres se saben diferentes, sienten que lo son y quieren serlo. El Derecho debe permitir a cada género realizarse en su propia identidad, poder ser iguales y poder ser diferentes.

Hay también, finalmente, un elemento de calidad en la vida familiar, en el espacio doméstico y en el cuidado de menores y dependientes. Lo que se pretende no es sólo hacer posible ambas cosas, sino que la familia esté bien atendida, con todas sus necesidades cubiertas, y no a costa de una vida acelerada e insufrible de quién de esto se ocupe.

En la transición a esta cuarta fase la influencia de las doctrinas feministas ha sido decisiva. La visibilidad de la conciliación, su conceptualización como un problema social y no sólo de las mujeres, es un primer paso. La valoración del ámbito doméstico como algo relevante y positivo, es otro. Y la idea del cuidado –del *care*, en su expresión inglesa– como una función social de primer orden que supone una experiencia a defender y compartir, otro. La defensa de la diferencia, de las distintas naturalezas, experiencias y percepciones de hombres y mujeres, es seguramente el más importante, y sobre ésta reflexiona en extenso Emilia Castellano en su libro. Aparece, de hecho, en su mismo título.

Completa el análisis del Derecho Europeo un estudio, previo en la exposición, del Derecho Internacional del Trabajo, parcela ésta del ordenamiento jurídico del trabajo que tendemos a ignorar cuando de igualdad se trata, pero en la que se han producido importantes contribuciones, como la autora nos hace ver con claridad.

El maestro ALONSO OLEA me enseñó que un prólogo nunca debe ser una recensión del libro prologado, y algo de ello se ha hecho en las páginas anteriores de este prólogo ya demasiado largo. Siguiendo su sabio consejo ya termino.

Tampoco debe ser una ocasión para loar a su autora, algo que se hizo en su momento, en el acto de la defensa de la tesis doctoral que dio origen a la presente monografía. Entonces se habló de su seriedad, de su entusiasmo y de su dedicación, de su calidad humana a la par que científica y de las satisfacciones que ha supuesto trabajar con ella y dirigirla en las primeras fases de su carrera universitaria. Pocas personas hubieran aceptado acometer un trabajo de estas características, pero la Dra. Castellano Burguillo lo hizo con coherencia y valor, con resultados excelentes. Prueba de ello es la concesión, por la Universidad de Huelva, del Premio Extraordinario de Doctorado en el Área de Ciencias Sociales y Jurídicas. Desde luego, este prologuista, entonces director de tesis, no hubiera elegido ésta para ninguna otra persona; quizás sea éste el mejor elogio. Aunque decir esto sería loar, y no debo hacerlo; pero queda dicho.

Al lector del libro que presento le anuncio rigor en el análisis, originalidad en el enfoque, abundante información y juicio atinado. Buena doctrina, en definitiva, en un trabajo que fue un honor dirigir. Y prologar.

Campus El Carmen, Huelva, febrero de 2008

Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Catedrático de Derecho del Trabajo

CAPÍTULO I Y CUESTIONES PRELIMINARES:

PRESENTACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN

Presentación del Tema de Investigación

1.- La actual Unión Europea se constituyó en los años cincuenta por un interés principalmente económico. La búsqueda de un mercado único donde permitir la libre circulación de personas, servicios y capitales era el objetivo de los Estados fundadores en ese momento¹. Este interés económico continúa estando presente, de forma destacada, en toda la actuación llevada a cabo desde esta organización supranacional. Un ejemplo de ello son las numerosas intervenciones que en el ámbito social se están realizando y que aparecen delimitadas de una u otra forma en función de la inversión económica que exigen o de los beneficios económicos que reportan, prueba de todo ello, son las medidas de protección de la mujer que trabaja dentro y fuera del hogar, especialmente las destinadas a compatibilizar trabajo y familia.

Además de los aspectos económicos, existen sin duda otros elementos que inciden en la actual posición de la mujer en el mercado de trabajo, es el caso del nivel educativo de estas mujeres, su formación profesional, las actitudes de hombres y mujeres respecto a los roles que ambos han desempeñado por tradición en la sociedad, las actitudes de los propios empresarios hacia la materia que analizamos, la supuesta variación de costes por emplear a mujeres u hombres y, por supuesto, el grado de compromiso político hacia las cuestiones de género y en particular del colectivo femenino.

Partiendo de estas consideraciones iniciales pretendemos fijar como objetivo central del análisis que comenzamos el examen de la posición de la mujer en el mercado de trabajo de acuerdo con las coordenadas que exponemos a continuación.

¹ Ese interés económico ha marcado la evolución de la Política Social Europea, en el sentido de que siempre ha estado relegada a la evolución económica de la propia Unión Europea y de los Estados miembros. Así lo han puesto de manifiesto numerosos estudiosos de esta materia entre los que podemos destacar RODRÍGUEZ CABRERO, G. "Por un nuevo contrato social: el desarrollo de la reforma social en el ámbito de la Unión Europea" en AA.VV. *Unión Europea y Estado de Bienestar*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997, pág. 13. CABEZA PEREIRO, J. "La cuestión social en el Derecho originario de la Unión Europea", en *Documentación Laboral*, nº 63, 2000, págs. 27-52.

En primer lugar, debemos recordar que es en el ámbito del Derecho del Trabajo, tradicionalmente ocupado de los aspectos que afectan a la relación laboral, donde hemos encontrado las principales normas para facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral. Además esta disciplina se ha centrado en el estudio del trabajo por cuenta ajena frente al trabajo autónomo o por cuenta propia, menos desarrollado en nuestro ordenamiento y en la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos. Por esta evidencia, podríamos pensar *a priori* que existe una mayor dificultad para conciliar vida familiar² y laboral en los trabajadores asalariados, frente a los que trabajan por cuenta propia, existiendo en este último caso no una menor responsabilidad pero sí una mayor flexibilidad especialmente en los tiempos de trabajo fuera del hogar, pero esto es sólo una hipótesis. Basándonos en esta hipótesis, partimos de una primera delimitación referida a este aspecto, es decir, en el presente estudio vamos a centrarnos en el trabajo dependiente que se realiza bajo la dirección de otra persona o entidad y no en el trabajo autónomo. La razón de esta exclusión se entenderá a medida que avancemos en la investigación, ya que las medidas hasta ahora aprobadas para compatibilizar trabajo y familia están pensadas para este tipo de trabajo, y no para el trabajo autónomo³.

Una segunda coordenada o idea de la que debemos partir es la relativa al objetivo que perseguimos con esta investigación. En concreto, pretendemos analizar la posibilidad real que tiene la mujer trabajadora para conciliar trabajo y familia, para ello debemos partir de la idea de que en la Unión europea no existe una única política para proteger directa o indirectamente a las responsabilidades familiares. Por el contrario existe todo un entramado de políticas, entendidas éstas como conjunto de acciones impulsadas y desarrolladas por los Estados en distintos niveles territoriales y en sus distintas ramas (ejecutivo, legislativo y judicial)⁴, que tienen como destinatarias a las mujeres y que de una forma integral y diversa pretenden elevar el nivel de empleo de éstas, su satisfacción personal y profesional, su posición en los puestos de responsabilidad, etc.

² El concepto de vida familiar se utiliza en este trabajo en un sentido amplio, como sinónimo de la vida personal de los individuos, reconociendo así que existen más allá de las responsabilidades familiares otras ocupaciones del individuo como el ocio, el estudio, etc. Aunque en este trabajo nos centremos en la parcela familiar. Como ha señalado algún autor por vida personal podemos entender "[...] todas aquellas actividades y relaciones que no son laborales y que tienen que ver con la familia, el ocio, el estudio, el descanso, etc. [...]". PRIETO, C. "Sentido y valor del tiempo de trabajo profesional. Género y representaciones de la vida personal", en *Revista Trabajo*, nº 13, junio de 2004, Huelva, pág. 39.

³ El autoempleo no tiene una adecuada protección social, midiendo dicha adecuación no sólo en términos de asistencia social sino también de buenos resultados económicos. El ejemplo más claro lo tenemos en la protección de la maternidad de las trabajadoras autónomas. Si éstas, por cualquier circunstancia, no disfrutan de un descanso posterior al permiso obligatorio por parto, eliminan la posibilidad de que el padre pueda hacer uso de una parte del permiso de maternidad. La Comisión de la UE ha considerado que la protección social de los trabajadores está estrechamente unida a esos resultados económicos. Comunicación de la Comisión de 12 de marzo de 1997, relativa a la modernización y a la mejora de la protección social en la Unión Europea. <http://www.europa.eu.int/comm>.

⁴ Así define este concepto ASTELARRA, J. *Veinte años de Políticas de Igualdad*, Ediciones Cátedra, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005, pág. 62. El concepto de Política puede significar varias cosas. Según la mayoría de los diccionarios enciclopédicos ilustrados, el sustantivo política tiene entre otros significados el siguiente: "*la conducta coherente que se sigue en un asunto determinado*", en *Diccionario Enciclopédico Larousse*, Edición 2004, pág. 813. Conforme a esta definición el comportamiento que se está llevando a cabo por las instancias internacionales, comunitarias y nacionales debe ser coherente para conseguir la conciliación de las personas que trabajan dentro y fuera del hogar.

Prueba de todo lo anterior es la variedad de medidas existentes para el fomento del empleo femenino, por ejemplo las medidas fiscales que pretenden hacer rentable el trabajo de las mujeres; las medidas destinadas al aumento del empleo de las mujeres en la Administración Pública; las medidas destinadas a este colectivo en cuanto usuarias de bienes y servicios, en cuanto consumidoras, demandantes de unos servicios básicos como pueden ser la asistencia sanitaria, la vivienda, etc⁵.

Podemos por tanto, concluir que en la Unión europea existe un enfoque integral de la protección de la mujer que trabaja dentro y fuera de casa, y que este enfoque engloba políticas o medidas propiamente laborales y otras que no lo son pero que pueden estar relacionadas con éstas⁶. Dada la extensión de dichos enfoques, hemos considerado necesario centrar el objeto de nuestro estudio en las medidas o políticas propiamente laborales que desde la Unión Europea están intentando hacer posible que las mujeres concilien tiempos de trabajo y atención a las responsabilidades familiares⁷.

Todas estas políticas tienen en común que contemplan a la mujer como sujeto económico, es decir, y de acuerdo con las teorías económicas como un sujeto que busca su enriquecimiento individual (*homo oeconomicus*) y al mismo tiempo que convive con otros seres humanos con los que se relaciona y respecto de los cuales también busca la satisfacción del grupo⁸. Algunos autores incluso hablan de la "*Mulier oeconomicus*" que contribuye al desarrollo de las sociedades de forma diferente al hombre, por el reparto tradicional de roles, y que está presente tanto en las parcelas productivas como en las reproductivas⁹.

⁵ Un ejemplo reciente ha sido la aprobación de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. Esta norma se aplica a los seguros y pensiones de carácter privado, voluntarios e independientes de la relación laboral. Lo que se pretende es que no se fijen primas y prestaciones que diferencien por el sexo del asegurado o beneficiario, salvo que existan razones objetivas que lo justifiquen como es el caso de algunos cuidados sanitarios que se derivan de diferencias físicas de hombres y mujeres. (DOCE L 373 de 21 de diciembre de 2004).

⁶ Como se señala en la Exposición de motivos de la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro: "en la Agenda de Política Social la Comisión europea anunció su intención de proponer una directiva sobre la discriminación sexual fuera del mercado laboral. Esta propuesta está en consonancia con la Decisión 2001/51/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 2000, por el que se establece un programa sobre la estrategia marco comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)". Esta Decisión ha sido prorrogada durante un año más a través de la Decisión nº 1554/2005/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005, concretamente hasta que se establezca un nuevo programa marco.

⁷ Algunas autoras han declarado que "[...]la política de género de la Unión Europea está todavía centrada principalmente en torno a las áreas pertenecientes al mercado laboral, [aunque] los temas relacionados con la ciudadanía y con la vida privada de los/as ciudadanos/as están adquiriendo una importancia creciente en la Unión". BUSTELO, M. y LOMBARDO, E. "Mainstreaming de género y análisis de los diferentes marcos interpretativos de las políticas de igualdad en Europa: el proyecto MAGEEQ" en www.mageeq.net. 14 de noviembre de 2005, pág. 7.

⁸ En parecidos términos se pronuncia GARCÍA DIEZ, S. *Análisis socioeconómico de la estructura productiva de los hogares*, en Colección de estudios del CES, Madrid, 2003, pág. 67 a 70. Asimismo puede destacarse GARCÍA DIEZ, J. "Mujer y Economía" en FLECHA ANDRÉS, J.R y GARCÍA NICOLÁS, C. *Mujer e igualdad de oportunidades*, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca, 2004, pág. 49 y ss. FERBER, M. y NELSON, J. *Más allá del hombre económico. Economía y Teoría Feminista*, Ediciones Cátedra, Madrid, 2004.

⁹ ROSALES, S.E. "El vínculo entre mujer, economía y pobreza", en Colección de *Cuadernos de desarrollo humano sostenible*, nº 20, Naciones Unidas, 2003, pág. 8. ARGÜELLES BLANCO, A.R, MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *Igualdad de Oportunidades y responsabilidades familiares*, Colección Estudios del CES, Madrid, 2004, pág. 22. Estos

Partiendo de esta dualidad del ser humano, sujeto individual y colectivo, pretendemos analizar en este trabajo de investigación cómo se está dando respuesta desde la Unión Europea a la necesidad de que la mujer se realice como sujeto individual, en la esfera privada y en el mercado de trabajo, y cómo se contribuye además a esa satisfacción del grupo en el que se integra la mujer, para lo cual tendremos además que tener en cuenta a los otros sujetos con los que interactúa en esa esfera colectiva, es decir, los hombres.

Estrechamente ligada con esta última afirmación se encuentra otra de las ideas que va a presidir nuestro estudio, y es la relativa a la posición que el varón, en cuanto parte de esas responsabilidades familiares, ocupa en la familia y en el mercado de trabajo, así como los medios de que dispone para atender a dichas responsabilidades. Si bien se parte de la base de que dichas responsabilidades familiares corresponde afrontarlas a hombres y mujeres, el diseño real de la mayoría de las medidas aprobadas hasta la fecha hace que sólo se utilicen en la práctica por las mujeres. Por tanto y aunque nuestro examen se vaya a centrar en la mujer, no podemos olvidar la posición del varón dentro y fuera de la familia, ya que de excluir esta idea estaríamos reproduciendo en nuestras valoraciones los parámetros utilizados hasta el momento para el diseño de cualquier medida conciliadora de responsabilidades profesionales y familiares, y ya veremos que los mismos han sido hasta la fecha insuficientes, precisamente por no contemplar a los varones¹⁰.

El propósito final de este estudio es provocar una reflexión sobre todas las cuestiones, no solamente las catalogables como "jurídico-laborales", relacionadas con esta posición de la mujer en el mercado de trabajo, de manera que se pueda obtener una amplia visión de las dificultades que plantea ser doblemente trabajadora.

En cuanto a la tercera coordenada y para comprender la delimitación geográfica que realizamos en este estudio, debe señalarse que el interés de esta investigación surgió a raíz de la aprobación por el Gobierno español de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, norma que trae causa de dos directivas comunitarias, concretamente la Directiva 92/85 sobre la Aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia¹¹; y la Directiva 96/34 sobre el Permiso Parental¹².

autores también han destacado el importante papel del trabajo de las mujeres en cuanto factor productivo a tener en cuenta en las economías de todos los países, especialmente aquellos que apuesten por la igualdad entre mujeres y hombres.

¹⁰ La Comisión europea ha declarado recientemente que "dentro de la política de empleo se ha prestado una mayor atención a la conciliación de la vida laboral y familiar, y se ha mejorado la organización de los permisos parentales. Algunos Estados miembros están aplicando políticas para animar a los padres a acogerse a los permisos parentales, por ejemplo, concediendo el derecho a permisos a tiempo parcial o divididos, o bien un derecho específico al permiso parental. Hasta el momento, tales esfuerzos han resultado bastante infructuosos, pues persiste la división tradicional de los cuidados y el trabajo retribuido entre las mujeres y los hombres." Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres. COM (2004) 115 final. de 19 de febrero de 2004, pág. 6.

¹¹ DOCE L nº 348 de 28 de noviembre de 1992.

¹² DOCE L nº 145 de 19 de junio de 1996.

El examen de la norma española sin perjuicio de que presenta un gran interés, no pasaría de ser un mero repaso de la abundante doctrina creada desde la fecha de su aprobación. Son muy numerosos los estudios realizados sobre esta Ley desde diferentes disciplinas, estudiosos del mundo de la sociología, de la economía y, por supuesto, del derecho han dado su opinión sobre el contenido de la mencionada Ley.

Sin embargo y a pesar de su interés, con este trabajo no se quiere realizar otra de estas descripciones, lo que se ha dejado para próximos trabajos de investigación. Lo que se quiere analizar es la base de esta Ley, en el sentido de estudiar cuál ha sido la filosofía de fondo que ha inspirado la normativa comunitaria de la que trae causa y desde qué perspectiva se han elaborado los instrumentos proporcionados, hasta el momento, para conseguir esa conciliación. Sin perjuicio como decíamos antes de que podamos analizar en otro momento la correcta transposición o no de las normas comunitarias al Derecho español y al resto de Estados miembros, acudiendo para ello al método comparativo.

El fin último de nuestro trabajo de investigación es por tanto, estudiar el diseño de las políticas que protegen a la mujer en el ámbito laboral para que pueda atender todas sus responsabilidades, e intentar al mismo tiempo aportar algunas ideas para que dicho diseño sea mejorado, ya que hasta el momento la perseguida conciliación no se ha alcanzado al haber sido tratada como una cuestión sólo de mujeres.

2.- Para conseguir lo anterior, en la primera parte de este trabajo de investigación, se pretende exponer la actual situación en la que se encuentran las mujeres dentro de las familias y la composición y estructura de éstas. Se pretende además presentar cuáles han sido hasta ahora los rasgos más característicos de la situación laboral de las mujeres, tipos de contratos a los que acceden en mayor número, comprobar si efectivamente podemos hablar de igualdad salarial por trabajos iguales¹³, etc. Para ello nos basaremos fundamentalmente en datos económicos que sintetizan y muestran la fotografía del mercado laboral existente, en términos generales, en la mayoría de los Estados europeos.

Nos interesa esta perspectiva económica del trabajo de la mujer por varias razones. Primero porque los cambios económicos de cualquier país influyen en las prioridades sociales que se fijan y en los recursos que se destinan para cubrirlos.

Segundo porque dada la diversidad económica de los países que integran la Unión europea, no puede existir una única política europea que se fije

¹³ Numerosos estudios destacan la existencia de una desigual retribución para hombres y mujeres por trabajos que pueden valorarse como idénticos o muy similares. Si tal afirmación fuera realmente cierta y la mujer se constituyese como una mano de obra más barata para la realización de un mismo trabajo, cuál es la razón de que su tasa de actividad y volumen de empleo total sea inferior al de los hombres. Esta ausencia de explicación es puesta de manifiesto también por PRIETO, C. "Los estudios sobre mujer, trabajo y empleo: caminos recorridos, caminos por recorrer", en *Revista de Política y Sociedad*, nº 32, Universidad Complutense de Madrid, 1999, Madrid, pág. 148.

como objetivo proteger a la mujer, no sería posible, ni tampoco realista y eficaz. Por eso lo que existe es ese conjunto de políticas de mínimos que la Unión fija y que los Estados en función de su disponibilidad económica y de la voluntad política aplican¹⁴.

Y en tercer lugar, porque las cuestiones sociales sólo se han atendido una vez que se ha constatado la trascendencia económica de las mismas, y la posición de la mujer en el mercado de trabajo no ha sido una excepción a esta forma de intervención, como tendremos oportunidad de comprobar.

Una vez realizada esta instantánea de la situación en la que nos encontramos, y ya desde un punto de vista jurídico, se analizará de qué forma la legislación comunitaria está dando respuesta a las necesidades tanto de la vida personal como del ámbito laboral de las mujeres que trabajan dentro y fuera del hogar¹⁵.

Para realizar esta labor hemos considerado necesario respetar la forma de intervención llevada a cabo por la propia Unión Europea, y por ello hemos distribuido nuestro trabajo en cuatro grandes políticas diferenciadas pero relacionadas. Estas políticas son las que hemos denominado de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres; la Política de Empleo en aquello que afecta al objetivo de este estudio, es decir desarrollo de la actividad profesional por mujeres y hombres en el sentido que será explicado en el capítulo séptimo; la Política de Salud Laboral centrada en la mujer y la maternidad; y la Política de Conciliación de los tiempos de trabajo y de atención a la familia.

En cuanto a la Igualdad de Oportunidades es preciso realizar una aclaración previa y es la relativa a lo que vamos a entender por igualdad de oportunidades. Este es un concepto utilizado para referirse al fomento de la participación femenina en el mundo laboral, fomento que se lleva a cabo a través de varios tipos de medidas como las llamadas medidas de acción positiva, entre otras. Partiendo por tanto de esta idea parece que deberíamos centrarnos sólo en el estudio de las mujeres, sin embargo lo que se va a analizar en el contenido de esta política no son sólo las medidas promocionales del empleo femenino y, por tanto, relativas a la parcela pública de las mujeres, sino las medidas adoptadas para llevar a cabo este fomento también en el ámbito privado de los trabajadores, y de forma particular de los varones.

La idea de diferenciar en el estudio entre parcelas públicas y privadas surge al analizar la tercera de las posturas adoptadas por las corrientes femeninas que estudian las relaciones entre hombres y mujeres. Sin perjuicio de que se

¹⁴ .Sobre este aspecto puede consultarse entre otros GÉRARD, O. "Hacia el surgimiento de una política pública de conciliación" en *Revista de Políticas Sociales en Europa*, n.º 16, 2004, págs. 53-62. PABLOS ESCOBAR. L. *Desigualdad laboral desde la perspectiva de género*, Universidad Complutense de Madrid, 2001.

¹⁵ Como han señalado algunos autores, la Política Social comunitaria se ha desarrollado principalmente a través de dos pilares, el legislativo y el correspondiente al diálogo social, éste desarrollado de forma más tardía por la oposición de algunos Estados miembros y de las organizaciones empresariales europeas para atajar determinadas cuestiones de las relaciones laborales por la vía del diálogo social. RODRÍGUEZ CABRERO, G. *op. cit.* pág. 14.

expliquen más ampliamente estas posturas feministas, en el capítulo relativo a la metodología utilizada en este trabajo, es preciso que destaquemos ahora que desde dicha postura se considera que tanto los hombres como las mujeres deben estar presentes en la vida privada y pública del ser humano, aunque para ello debe atenderse al individuo y no pretender que la mujer sea una fiel imitación del hombre, por el contrario cada uno debe realizarse en estas dos parcelas gracias a las medidas que en función de sus diferentes necesidades se hayan aprobado para ello.

Gráficamente podríamos decir que existen dos parcelas en la mujer, la privada que por tradición se ha desarrollado ampliamente, al menos en cuanto a responsabilidades familiares se refiere, y la pública fomentada desde hace décadas a través de diferentes medidas como el derecho al voto y, en concreto, en el ámbito laboral a través de las medidas de igualdad de oportunidades para la creación y mantenimiento del empleo femenino. Estas parcelas pueden igualmente encontrarse en la vida de los varones, la parcela pública, desarrollada asimismo por tradición, en cuanto cabeza de familia que proporciona las rentas necesarias para el sustento de la familia y la parcela privada en cuanto atención a las responsabilidades familiares, ésta última escasamente tratada por los propios interesados y olvidada por el legislador a la hora de atender a este tipo de responsabilidades.

Partiendo de esta diferenciación entendemos que la parcela pública de las mujeres es la que precisa de atención y, de hecho, es la que más atención ha despertado en los últimos años, así como la parcela privada de los varones huérfana de protección en cuanto escasos de medios para compatibilizar tiempos de trabajo dentro y fuera del hogar, al margen por supuesto de la voluntariedad de los propios trabajadores varones que hasta hace unos años no han mostrado ningún interés al respecto. Se trata por tanto, de fomentar la igualdad de oportunidades en lo privado y en lo público, en el primer contexto para los hombres y en el segundo para las mujeres.

En la segunda Política que hemos denominado de Empleo, se van a estudiar sólo los aspectos que han sido objeto de atención para evitar desajustes económicos en el mercado de trabajo y que, además, están relacionados con la igualdad de trato entre mujeres y hombres, es el caso de la igualdad salarial y las medidas de fomento del empleo femenino concedidas para incrementar el número de contrataciones realizadas por los empresarios europeos. Esa igualdad de salarios ha sido uno de los aspectos que originariamente motivaron la regulación de aspectos sociales en el seno de la actual Unión Europea, en concreto para evitar prácticas como el dumping social que provocaban desajustes económicos en un mercado que pretendía garantizar la libre circulación de personas, servicios y capitales¹⁶, todo ello para alcanzar el gran desafío de crear un mercado único¹⁷.

¹⁶ Pueden consultarse los artículos 48 a 51 y 117 a 128 del texto originario del Tratado de la actual Unión Europea.

¹⁷ En estos términos se pronuncian, entre otros, CABEZA PEREIRO, J. La cuestión social en el Derecho originario de la Unión Europea". *op. cit.* pág. 29. LÓPEZ GARRIDO, D. "La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en derecho comunitario", en *Actualidad Laboral* ref. 612, 1986, Madrid, pág. 323. CRESPO, S. "La promoción de la igualdad de oportunidades de la mujer en el marco de las políticas sociales española y comunitaria", en *Mujer e Igualdad de oportunidades en el empleo*. Instituto de la Mujer, Madrid, 1989, págs. 11 y ss.

La cuestión se resumía en la necesidad de controlar los costes económicos, y entre ellos los laborales, para evitar fomentar el desplazamiento de las empresas de unos lugares a otros, movidas éstas sólo por esa posibilidad de reducir gastos. De manera que si no se garantizaba la igualdad salarial entre hombres y mujeres, éstas últimas se convertirían en mano de obra barata. Ya en el ámbito concreto del Derecho comunitario además de estudiar los aspectos salariales, nos centraremos en otros que han sido objeto de atención en el marco de la Estrategia Europea para el Empleo y que se centran en las mujeres, concretamente las diferentes ayudas concedidas a las empresas para la creación de empleo femenino. Todo ello con el fin de que trabajar resulte rentable para empresarios y trabajadores.

En cuanto a la Política de Salud Laboral nos interesan sólo aquellos aspectos relativos a la protección de la maternidad y en un doble sentido. Primero, nos interesa el aspecto temporal que conlleva la protección de la mujer durante el embarazo y con posterioridad a éste, es decir, los descansos motivados por esta contingencia que sólo afecta a la mujer y que justifica que sólo ésta, junto con el feto, sean los sujetos protegidos. Segundo, nos interesa estudiar los aspectos económicos relacionados con esos descansos motivados por la maternidad y que se traducen en una serie de prestaciones que conceden los Estados a las mujeres trabajadoras.

La razón última por la que se estudia esta materia, es que como tendremos oportunidad de comprobar en el capítulo de metodología, desde el Feminismo de la Diferencia se plantea la protección de los sujetos de forma individualizada según sus necesidades, esto provoca que puedan existir regulaciones distintas para hombres y mujeres según la necesidad de cada uno, y esto es precisamente lo que ocurre con las concretas medidas que queremos estudiar en esta política, que al estar centradas en los aspectos biológicos del sujeto causante sólo se reconocen a la mujer, lo cual tiene mucho sentido.

Sin embargo bajo esta apariencia de objetividad y lógica, se extienden algunas de estas medidas más allá de los aspectos puramente biológicos, resultando protegida la mujer de forma exclusiva en contingencias donde existen realmente responsabilidades familiares que exceden del nacimiento de un hijo y de la maternidad propiamente dicha. Además interesa estudiar esta materia porque está íntimamente relacionada con la última política que va a ser examinada en este trabajo, la cual está centrada en los instrumentos temporales que se reconocen para conciliar tiempos de trabajo fuera y dentro del hogar. De ahí que deban entenderse ambas políticas de una forma complementaria aunque realicemos su estudio de forma separada.

Para terminar y ya en la cuarta Política seleccionada, vamos a centrarnos en los instrumentos que referidos al tiempo de trabajo pretenden hacer posible la conciliación de la vida familiar y laboral. Por ello, vamos a estudiar por una parte, las reducciones de jornada, los permisos parentales y las excedencias como medios que pueden ser reconocidos indistintamente a hombres y mujeres

para que atiendan sus responsabilidades familiares y, por otra, los permisos de maternidad y permisos para exámenes prenatales que son reconocidos de forma exclusiva a las mujeres, ya que están relacionados con la biología femenina¹⁸.

Esta separación que realizamos en cuanto a los tipos de licencias, es para insistir en la idea de que la configuración de algunas medidas de forma exclusiva para las mujeres tiene sentido, no siendo así no en todos los casos. Y no siendo suficiente en estos últimos con que el texto normativo que se refiere a esos permisos se exprese en términos neutros, ya que siguen siendo las mujeres las principales usuarias de esos instrumentos, con las repercusiones que ello conlleva en su posición en el mercado de trabajo.

En resumen, estos son los aspectos que van a ser objeto de estudio en este trabajo de investigación, intentando relacionar y coordinar las previsiones internacionales con las comunitarias, y aportando desde un punto de vista crítico, las mejoras que desde el Feminismo de la Diferencia se podrían introducir en cada uno de estos aspectos objeto de estudio. Por ello hemos optado por realizar las valoraciones que hemos considerado oportuno al mismo tiempo que se describen cada una de las normas o planteamientos que vamos a presentar en las páginas que siguen, sin perjuicio de que en un último capítulo de conclusiones recojamos las principales aportaciones de este trabajo de investigación.

¹⁸ Estos últimos como hemos indicado anteriormente, también van a ser objeto de estudio en la Política de Salud Laboral. Además debemos aclarar que la contingencia conocida en España como Riesgo por Embarazo no va a ser objeto de estudio en este trabajo, ya que la única previsión que existe en el ordenamiento comunitario se encuentra en la Directiva 92/85/CEE, que protege la seguridad y salud laboral de la mujer embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y se limita a señalar que serán los Estados miembros los que deban concretar qué ocurre cuando no sea posible la adaptación del puesto de trabajo o el cambio de éste para estas mujeres, sometidas a algún riesgo, sin establecer garantía alguna al respecto sobre su retribución, consideración contractual, etc. Esta ausencia de regulación en el Derecho Comunitario nos ha llevado a excluir su estudio en este trabajo, que como hemos aclarado se refiere exclusivamente a la regulación comunitaria de las políticas que fomentan la conciliación de la vida familiar y laboral y la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito laboral.

CAPÍTULO II:

HERRAMIENTAS METODOLÓGICAS UTILIZADAS EN ESTA INVESTIGACIÓN: ESPECIAL REFERENCIA AL MÉTODO JURÍDICO Y A LAS PRINCIPALES CORRIENTES DE PENSAMIENTO FEMINISTA

Herramientas metodológicas utilizadas en esta Investigación: especial referencia al Método Jurídico y a las principales corrientes del Pensamiento Feminista

2.1. Introducción

Como aclaración previa debemos insistir en la idea de que las herramientas metodológicas de investigación utilizadas en el presente estudio están íntimamente relacionadas con el perfil del investigador, en este caso jurista, y con el objeto de estudio, en este caso, la protección de la mujer en cuanto sujeto económico que ofrece su fuerza de trabajo y su relación con la conciliación de la vida familiar y laboral¹⁹.

La razón por la cual dedicamos un capítulo a la aclaración de la metodología utilizada en este trabajo de investigación, es porque entendemos que en este aspecto reside precisamente una de las aportaciones originales que todo trabajo conducente a la obtención del título de doctor debe incluir. Como se explicará en las próximas líneas, a la hora de afrontar el estudio de cualquier materia jurídica son varios los métodos que el investigador puede utilizar.

¹⁹ Abordar cualquier cuestión analizable supone, previamente, dotarse de las herramientas necesarias para llevar a cabo tal labor. Justificar la elección de estas herramientas de trabajo puede parecer innecesario desde el momento en que es el propio "investigador" el que posee la potestad para decidir sobre dicha cuestión, bastaría con argumentar que parecía la herramienta más apropiada y que por ello fue utilizada. Por otra parte, no puede olvidarse que hablar de la metodología utilizada por un investigador supone una reflexión a lo largo de los trabajos que de esta naturaleza haya realizado el mismo, lo cual dada la juventud del doctorando resulta difícil. Esto mismo puede desprenderse de las palabras de PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. cuando señala que "[...] si alguna virtualidad tiene la reflexión metodológica es, a mi juicio, la de forzar al estudioso a hacer explícitas las opciones metodológicas que han inspirado su quehacer como investigador, a dar cuenta de cuáles han sido sus vacilaciones, sus errores, sus rectificaciones y cuáles son, ahora, - al paso de los años- las convicciones alcanzadas." en "Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista", en *Revista Española del Derecho del Trabajo*, Civitas, noviembre/diciembre, nº 68 1994, pág. 873. Asimismo puede consultarse BADENES GASSET, R. *Metodología del derecho*. Bosch, Casa editorial, Barcelona, 1959, pág. 35

El término “método” es un concepto polisémico²⁰. Algunos autores utilizan esta expresión para hacer referencia, sin priorización, a determinadas actividades como pensar o actuar²¹. Otros autores, sin embargo, realizan una diferenciación de la polivalencia del concepto en el sentido de considerar que este término designa cosas diferentes. Así se usa para hablar de la denominada metodología filosófica²², de la llamada metodología científica²³ o de la metodología jurídica.

Finalmente, y a los efectos que aquí interesan, el concepto “método” designa “*el conjunto de instrumentos prácticos que pueden utilizarse para realizar correctamente un estudio científico sobre la materia jurídica, que es lo que vendría a constituir la técnica de investigación en sentido estricto*”.²⁴

En nuestro estudio esto va a suponer tener en cuenta todos los medios prácticos que nos permitan realizar la investigación de la forma más adecuada al propósito que estamos persiguiendo, es decir, va a suponer analizar además del texto de las normas jurídicas objeto de estudio, otros instrumentos que se utilizan para la puesta en práctica o mejora de esa norma jurídica, lo que conlleva analizar la interpretación que de las mismas han hecho los tribunales, su mejora por la vía de la negociación entre las partes²⁵, etc.

²⁰ Como señala RODRIGUEZ MOLINERO, M. “*quizá en pocas materias reine tanta imprecisión en el ámbito del saber jurídico, y se abuse tanto de los términos, como ocurre con la palabra método y sus derivados*”. *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica*, en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980), Tomo II, Centro de Estudios Constitucionales, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1985, pág. 431 y 432. Como ha señalado algún autor respecto a nuestra disciplina “*hablar del método del Derecho laboral es referirse a los procedimientos necesarios para llegar a un concepto de esta rama jurídica y a una investigación lo más acertada posible de dicha rama*”. Este mismo autor señala que “*el método es un camino para la consecución de un objetivo y no el objetivo perseguible en sí [mismo]*”. ALONSO GARCÍA, M. *El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo*. Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, pág. 4 y 5.

²¹ SIERRA BRAVO, R. *Ciencias sociales. Epistemología, Lógica y Metodología*. Paraninfo, Madrid, 1984, pág. 150. Entre los métodos que pueden ser encuadrados en la primera de las actividades destacan la “*abstracción, la deducción, la inducción, el análisis, la síntesis, la definición, la clasificación y la comparación*”. BADENES GASSET, R. *op. cit.*, pág. 25-28. Por su parte, la segunda actividad da lugar a una serie de métodos de acción, entre los cuales, a su vez, se distingue entre “*técnicas o métodos de actuación dirigidas a manipular y transformar la realidad y métodos de investigación, que son formas de actuación humana orientadas al conocimiento de la realidad observable, del mundo que nos rodea*”. SIERRA BRAVO, R. *Ibidem.*, pág. 201.

²² Dando lugar a una gran variedad de escuelas que tienen en común el análisis de “lo jurídico”.

²³ La cual “*llevada al campo del derecho, tiene el propósito de examinar las técnicas más adecuadas para la elaboración, investigación, enseñanza y aplicación del derecho*”. FIX ZAMUDIO, H. *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, Editorial Porrúa, México, 1988, pág. 61.

²⁴ Véase FIX ZAMUDIO, H. *op. cit.*, pág. 61 y 62. Este mismo autor ha señalado que “[...] resulta muy difícil distinguir entre los métodos y las técnicas de la investigación jurídica, ya que estos vocablos se han venido empleando en forma indiscriminada”. *Ibidem*, pág. 63. Sobre la evolución del método y las diferentes corrientes de estudio del mismo puede consultarse HERNÁNDEZ GIL, A. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Obras completas, Tomo V, Ediciones Espasa Calpe, Madrid, 1987, págs. 11 y ss.

²⁵ Aunque es preciso aclarar que no se va a realizar un estudio de la metodología del derecho en cuanto disciplina que tiene por objeto el estudio del método o métodos que pueden utilizarse para el conocimiento de una materia científica como es el derecho, esta tarea es más propia de la Filosofía del derecho. Por el contrario, se trata de descubrir qué método o métodos debe usar el jurista para conocer una determinada realidad jurídica teniendo en cuenta las características esenciales de esta realidad jurídica. Como señala HERNÁNDEZ GIL, A. “*el jurista entregado a tal clase de estudios [...] hace un alto en su labor para preguntarse cómo la lleva a cabo [la investigación]*”. *op. cit.*, pág. 10.

A esta amplia definición del concepto “método” hay que añadir la dificultad de elegir el más adecuado para el conocimiento de una realidad²⁶. Son diversos los métodos que se han presentado como alternativas para el conocimiento de las Ciencias Sociales. En el caso concreto del Derecho, ha primado en todo momento el llamado método jurídico, el cual hace referencia a una concreta forma de elaborar el Derecho²⁷ y, además, a una concreta forma de aplicar y conocer ese conjunto de normas o reglas jurídicas que constituye el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, es usual caer en el error de querer delimitar este método jurídico de otros métodos que por calificarlos con otros adjetivos dejan de ser aparentemente jurídicos²⁸. Así entre otros adjetivos se han utilizado: dogmático, formalista, naturalista, exegético, constructivo, hermenéutico, deductivo, axiomático o positivo. Y sin embargo todos tienen en común el estudio de una norma por lo que no dejan de ser jurídicos. El elemento de diferencia se encuentra en el valor que le dan a otros elementos ajenos a esa norma, a la labor del intérprete, a la observación de la realidad para completar dicho análisis de la norma, etc.

En resumen, en este estudio el concepto “método” pretende ser usado como modo de interpretación de una concreta norma pero no teniendo en cuenta sólo el texto de la norma, sino el resto de elementos que aún siendo ajenos a la misma influyen en la configuración de ésta.²⁹

²⁶ Es precisamente por ello por lo que algún autor ha declarado “[...] todo lo dicho indica claramente que la cuestión del método, por lo que respecta al Derecho, ni es fácil ni está suficientemente delimitada” CALVO GARCÍA, M. *Interpretación y argumentación jurídica*. Trabajos del Seminario de Metodología jurídica, Volumen I, Prensas Universitarias de Zaragoza, 1995, pág. 27 y ss.

²⁷ Algunos autores hablan de “*los modos de creación y elaboración del Derecho y de su aplicación práctica*”, RODRÍGUEZ-MOLINERO, M. *op. cit.*, pág. 432.

²⁸ RODRÍGUEZ-MOLINERO, M. *op. cit.*, pág. 432 y ss, realiza una disertación sobre todos estos adjetivos. Asimismo, puede consultarse SIERRA BRAVO, R. *op. cit.*, pág. 150 y ss.

²⁹ En definitiva, como señala FACIO, A. “[...] *utilizo los mismos métodos que utiliza cualquier jurista, a saber, estudio el texto en su conjunto, analizo los principios que fundamentan la normativa, examino la evolución histórica y los antecedentes, leo lo que otros juristas tienen que decir, etc.*” en *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD, 1992, pág. 15. En concreto, sobre las diferentes acepciones del término “método” también puede consultarse BUCHLER, J. *El concepto de método*. Editorial Nova, Buenos Aires, 1961. Y RODRÍGUEZ-MOLINERO, M. que señala diferentes significados del concepto método, “*para muchos, hablar de método o de métodos con referencia al Derecho equivale a exponer las diversas corrientes de pensamiento, a veces denominadas escuelas [...]. En segundo lugar, se habla de métodos y de Metodología para significar los modos concretos de creación y elaboración del Derecho, particularmente del Derecho positivo legal. En tercer lugar, se recurre también al método para expresar las modalidades específicas de aplicación y concreción del Derecho, mediante las cuales éste se hace realmente eficaz. En cuarto lugar, se recurre al método para significar la interpretación jurídica y se señalan tantos métodos como modos o tipos de interpretación son admitidos [...]. En quinto y último lugar, hay quienes identifican la Metodología jurídica con la Filosofía del Derecho y reducen la finalidad y el contenido de ésta a una función meramente metodológica*”. *op.cit.*, pág. 431 y 432, respectivamente. Asimismo RODRÍGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J. “*Algunas reflexiones sobre la metodología de la investigación en Derecho del Trabajo*” *Temas Laborales*, nº 31, 1994, pág. 19 y ss. Además, el método, ya sea de investigación, de interpretación o de exposición vendrá predeterminado por el objeto al cual pretenda ser aplicado. Como ha puesto de manifiesto la doctrina “*no es lo mismo el método en el caso de una ciencia natural que en el de una ciencia social*”. Esta trilogía ha sido defendida por ALONSO GARCÍA, M. *op. cit.*, pág. 8. Este autor distingue entre método de investigación o conocimiento, método de interpretación y aplicación y método de exposición o enseñanza:

“- *El método de investigación y conocimiento será [...] el camino seguido, la manera, modo o forma utilizados para alcanzar unas conclusiones jurídicas que nos lleven al adecuado conocimiento del Derecho como disciplina autónoma, dotada de objeto propio, y de este mismo objeto[...].*”

2.2. Especial referencia al Método jurídico tradicional

2.2.1. Presentación

En esta presentación se intentará realizar una breve reconstrucción de lo que es el método jurídico tradicional. En concreto, el método jurídico que estudiamos ha sido tratado a lo largo de la historia como aquél empleado por los “juristas” en general y por los creadores del derecho, en particular, para llevar a cabo una correcta interpretación y aplicación de un derecho.

Atendiendo a los orígenes de este método cabe señalar que ya en el Derecho Romano se utilizaba el llamado “método jurídico”, denominado de esta forma por el auxilio que supone para los intérpretes y aplicadores del derecho y que, en definitiva, se caracteriza por buscar el sentido de la Ley en el texto de la norma, a través de la interpretación que de la misma realiza el jurista³⁰.

Por su parte, el Racionalismo y Humanismo del siglo XVI proporcionaron nuevos elementos al análisis propiamente jurídico, fundamentalmente por la crítica a los trabajos anteriores. En esta época, se produce una exaltación de valores como la universalidad, la seguridad, la claridad en las normas. Se habla de un método deductivo para “*hacer previsibles de antemano las soluciones jurídicas*”³¹.

Se pone en duda la autoridad del texto proporcionado por los legisladores y se pretende su construcción desde otras instancias. El avance se produce desde el momento en el cual se permite al intérprete de la norma buscar ese sentido objetivo que debe presidir la ley, si éste no se desprende claramente de

- El método de interpretación y aplicación (parte de que) el Derecho se resuelve, en última instancia, en un conjunto de reglas normativas. [...] Ello quiere decir que los conjuntos normativos en que se manifiestan las diversas ramas jurídicas se traducen en la exigencia de una necesaria interpretación y de una aplicación consiguiente, que arrancan, una y otra, de la investigación o del conocimiento que con anterioridad ha sido ya adquirido respecto de dichas normas.

- En cuanto al método de exposición o enseñanza, está bien claro, por la misma expresión, que significa el camino adecuado y, desde luego más conveniente y eficaz, para hacer a los demás accesible el conocimiento que uno mismo tiene del Derecho.” *op. cit.*, pág. 10 y 11. En este mismo sentido se pronuncia KAUFMANN, F. *Metodología de las Ciencias Sociales*. Traducción al Español, México, 1946.

³⁰ En concreto como algún autor ha señalado respecto al método jurídico “*examinado a grandes rasgos en su totalidad como método de investigación de reglas de derecho positivo, pueden distinguirse en él dos aspectos: uno, el relativo al reconocimiento e interpretación, propiamente dichos, de las fuentes de derecho aplicables; el otro, dirigido a la construcción más elevada de la materia jurídica, investigando más arriba de las fuentes los principios vivificantes y fecundos necesarios al total funcionamiento del organismo del derecho privado*”. GÉNY, F. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. Estudio Preliminar sobre el pensamiento científico jurídico de Gény a cargo de MONEREO PÉREZ, J.L. Editorial Comares, Granada, 2000, pág. 19 y 20. Sobre su evolución histórica también puede consultarse HERNÁNDEZ GIL, A. *op. cit.*, pág. 11 y ss.

³¹ Como algún autor ha señalado “[...] aunque el jurista, el letrado, deba ceñirse a la letra de la ley; la imposición de un sentido objetivo hace de la ley un todo armónico, cerrado sobre sí mismo, y de la verdad, esto es, la razón profunda, el elemento capaz de corregir, caso de ser necesario, el sentido literal o inmediato de la expresión.”. CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico: una visión crítica*. Editorial Tecnos, Madrid, 1994, pág. 33.

dicha norma. En definitiva, se deja un margen de autonomía al intérprete³² aunque se inicie la labor desde el texto de la ley³³.

En los años siguientes la visión del método jurídico se fue ampliando para incluir elementos hasta ese momento excluidos del mismo, y así de lo que había sido hasta ese momento una forma de entender y estudiar la norma surgen una pluralidad de métodos próximos algunos en los puntos de partida pero diferentes por la importancia que le brindan al texto de la norma.

Esto conllevó que autores como Jean Domat propusieran tener en cuenta el contexto en el cual una ley o norma es creada, de manera que la interpretación de la misma no se limite al texto que incorpora, sino que sea una "interpretación sistemática", donde el texto sea parte de un todo, un sistema articulado de forma que las reglas de actuación de los sujetos tengan la conexión adecuada para su justo funcionamiento, para la consecución del ideal de equidad que se exalta en las sociedades.³⁴

Dicho pensamiento así descrito debe presidir la labor tanto del jurista práctico como del teórico. El primero, al aplicar las normas y hacer efectivas las consecuencias jurídicas de la realización del hecho tipificado, debe "interpretar" la ley y extraer su significado último no sólo en general, sino en ese caso particular que debe resolver. El segundo, es decir, el teórico, presidido por la labor de sistematización, debe igualmente "interpretar" el postulado legal, y ofrecer las posibles soluciones teóricas a los casos planteados.³⁵

Como manifestaciones de todo este avance y para llevar a cabo esta labor han sido diferentes los métodos utilizados tradicionalmente, desde los métodos exegéticos representados por la escuela francesa de la exégesis donde la norma lo es todo y se produce un acatamiento pleno de la misma; o la escuela histórica alemana donde destaca Savigny, y en la que se exalta el valor de la costumbre además de la norma y donde el método histórico predomina debiéndose por tanto, tener en cuenta ese contexto histórico donde se produce la norma. El positivismo y la dogmática jurídica suponen una evolución de lo anterior pero siguen centrándose en el derecho escrito, no hay más derecho que el que cada ordenamiento jurídico impone.

³² CALVO GARCÍA, M. señala "con todo, la tarea del jurista sigue siendo la de reconocer y declarar el sentido objetivo de la ley, su valor racional, bien que éste se muestre directamente en el sentido literal del texto o bien que resultando inidóneo el sentido literal hubiera de procederse a indagar, con la ayuda de los procedimientos admitidos, cual es el significado adecuado al espíritu racional que alienta en las profundidades de la expresión lingüística". *Interpretación y argumentación jurídica... op. cit.*, pág. 35

³³ Desde la "letra muerta de la ley", como señala CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico... op.cit.*, pág. 36

³⁴ CALVO GARCÍA, M. recuerda palabras de Domat cuando señala que "para entender bien una regla no basta conocer el sentido aparente de sus términos y leerla aisladamente, sino que es preciso considerar si hay otras reglas que la expliquen o limiten [...]. La conexión que tienen unas [reglas] con otras es lo que únicamente produce su justicia y limita su uso". *Los fundamentos del método jurídico ... op.cit.*, pág. 57.

³⁵ En definitiva, como ha señalado algún autor, "en ambos casos, la labor del jurista práctico y la del teórico consiste en una tarea de mera exégesis de normas jurídicas dadas de antemano". CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico ... op.cit.*, pág. 63.

La revisión de estos métodos tradicionales y sus carencias llevaron a nuevas formas de estudio y análisis en las que va a predominar más la misión práctica que debe cumplir el derecho, su conexión con la realidad social. Y así surgen entre otros, los métodos sociológicos centrados en la observación y comparación de la realidad para dar soluciones a los problemas, de esta forma se consigue romper con la rigidez de las normas y con la vinculación de los juristas a éstas. También en este sentido debemos destacar la jurisprudencia de intereses que parte de la idea de que en el derecho entran en juego diferentes intereses de los sujetos que interactúan y que esto no puede ser obviado por el jurista; o el llamado realismo jurídico donde el papel del aplicador del derecho cobra una gran importancia³⁶.

Éstas son sólo algunas de las corrientes metodológicas tradicionales que han tenido en común el estudio de la norma jurídica, eje central de cualquier investigación que realice un jurista. De ahí que a continuación se pretenda resumir cuáles son los caracteres esenciales del método jurídico tradicional que, como tal, es utilizado en esta investigación pero no de forma exclusiva como se explicará en las siguientes páginas.

Lo que se pretende justificar es que si bien en la base de nuestro trabajo se encuentran las normas jurídicas y por ello utilizamos un método de investigación propiamente jurídico -con los valores que tradicionalmente éste ha tenido-, al resultar este método insuficiente por la particularidad del objeto de estudio, hemos considerado adecuado acudir a otros métodos que tienen su origen en las corrientes de pensamiento feministas, pero que al haber sido exportados a otras disciplinas han adquirido un valor considerable y han propuesto un punto de partida para la investigación que resulta de gran interés en este concreto trabajo.

El objeto de estudio en este análisis es particular en un doble sentido, por un lado, por la disciplina en la que se encuadra, el Derecho del Trabajo, sistema de normas en constante cambio, que se ha construido además de forma aluvional para dar respuesta a las exigencias del mercado de trabajo e incluso mirando a otras disciplinas, para que a través de la especificación de instituciones de otras ramas del derecho pueda encontrarse esa respuesta; y por otro lado, por centrarse en la mujer como sujeto protagonista de las políticas que vamos a estudiar, las cuales en cuanto beneficiarios sólo contemplan realmente a las mujeres aunque en su diseño aparezcan teóricamente los hombres.

En resumen, no podemos olvidar que el problema a tratar en todo trabajo de investigación es el que va a determinar el método más adecuado para ser abordado y que, en este caso concreto, va a obligar al doctorando a acudir al estudio de análisis formales sobre la materia pero también a otros estudios de carácter económico, sociológico y especialmente de Derecho comparado³⁷, lo

³⁶ Un estudio en profundidad de toda esta materia puede encontrarse en HERNÁNDEZ GIL, A. *op. cit.*

³⁷ Aunque sin abordar el estudio de todos los métodos que desde estas perspectivas pueden utilizarse ya que un conocimiento completo de todas las opciones metodológicas desbordaría este trabajo, además de exceder a las competencias y conocimientos del doctorando.

que supone optar por un pluralismo metodológico. Esta forma de estudiar el Derecho en general y el Derecho del Trabajo en particular no es nueva, existen ya grandes cambios que se han producido por la influencia de las Escuelas feministas y de autoras como Mackinnon como luego se apuntará.

2.2.2. Características del Método Jurídico Tradicional

Los rasgos diferenciadores del método jurídico tradicional que van a ser destacados a continuación, son precisamente los que han provocado que esta opción metodológica se encuentre en crisis y que por tanto resulte necesario acudir al auxilio de otras formas de abordar un estudio.

Estos rasgos diferenciadores son la neutralidad, la formalidad, la igualdad de tratamiento de situaciones similares y la abstracción. Si bien es cierto que se podrían destacar otros, hemos considerado oportuno apuntar sólo éstos porque, bien por su exceso bien por su defecto, han provocado la necesidad de acudir a otras formas de interpretación.

- En cuanto a la Neutralidad y el Formalismo, son las características que por su exceso han provocado más críticas en los estudios sobre el método jurídico³⁸. La primera porque la neutralidad no puede ser un valor que prime sobre la eficacia, es decir, un ordenamiento jurídico por encima de la neutralidad debe hacer valer la eficacia y esto se comprueba perfectamente en el estudio que estamos realizando. Muchas de las normas aprobadas para fomentar el empleo, para permitir a los trabajadores que disfruten de tiempo libre, para proporcionarles beneficios sociales, etc., se pronuncian en términos de neutralidad, siendo reconocidos tanto a hombres como mujeres. Se reconocen al individuo pero sin tener en cuenta las categorías de personas que pueden incluirse en ese concepto de individuo, lo que supone que su eficacia resulte ciertamente limitada³⁹.

La formalidad porque, como algún autor ha señalado⁴⁰, se encuentra en crisis. Es preciso reconocer que el ordenamiento jurídico, como sistema de articulación de las relaciones sociales, debe tener presente los elementos ajenos a la norma, elementos que están interrelacionados con el contexto en el

³⁸ Tradicionalmente se ha distinguido entre "métodos jurídicos, formalistas y conceptualistas [por un lado] y finalistas y realistas [por otro]". CASAS BAAMONDE, M.E. "Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del Trabajo de la crisis", en *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones, Madrid, 1984, pág. 53. Sobre la crítica al valor de neutralidad puede consultarse también ALBERTSON FINEMAN, M. "Feminist Theory in Law: The difference it makes". *Columbia Journal of Gender and Law*, nº 1, Volumen II, 1992, págs. 11 y ss.

³⁹ Como señala Catherin Mackinnon "la neutralidad y objetividad, tal y como se celebran en el derecho, son en realidad valores masculinos que han llegado a ser considerados universales". *Feminism Unmodified: Discourses on life and law*, Boston, Harvard University Press, 1987. Los trabajos realizados por Catharine Mackinnon, son una buena muestra de la relación que puede existir entre el feminismo y el Derecho.

⁴⁰ CASAS BAAMONDE, M.E. señala "decididamente, el viejo formalismo está perdiendo adeptos que no dudan en descender a la arena de los acontecimientos sociales, enarbolando banderas valorativas y finalistas". *op. cit.*, pág. 57.

cual se produce la situación de necesidad que pretende ser regulada⁴¹. A partir de estos momentos, se empieza a dar un mayor valor a la labor del intérprete y a su creatividad⁴².

Es en este aspecto donde reside el motor de la evolución que se ha producido en la metodología de la ciencia del derecho. Como se ha puesto de manifiesto en páginas previas, todas las corrientes metodológicas destacadas se han caracterizado por intentar superar el excesivo formalismo del método jurídico tradicional centrado en la norma, en el texto de la Ley.

- En segundo lugar la Igualdad ante la Ley, valor propio de todo sistema jurídico y que preside cualquier interpretación del mismo, supone eliminar toda eventualidad en la aplicación de las normas, de manera que los sujetos tengan la certeza de ser tratados iguales ante situaciones similares.

Esta manifestación del principio de Igualdad Formal no es válida en muchas ocasiones y tampoco en el caso de las mujeres trabajadoras. Su concreta posición en el mercado de trabajo y en la familia, así como la concreta situación de los hombres que realizan tareas productivas y que tienen el ansia de participar en las tareas reproductoras, demandan un tratamiento más casuístico que el propuesto por el método jurídico a través de este valor.

Se reclama así una atención individualizada de sus posiciones en ambas esferas, de manera que puedan proporcionarse "consecuencias jurídicas válidas" ante la realización de las premisas previstas legalmente. Es decir, que la participación de las mujeres y hombres en el nivel productivo y reproductor, posibilidad prevista legalmente, tenga un corolario de protección legal eficaz. Precisamente, las teorías feministas que posteriormente serán analizadas denuncian que "*la justicia y la igualdad de tipo formal no garantizan la justicia real, ni la igualdad real*"⁴³.

- Por último la Abstracción que ha caracterizado, y aún hoy caracteriza, al método jurídico no siempre es válida, sino que debe ser matizada. No se puede defender en términos absolutos desde las investigaciones científicas que el Derecho se manifieste en abstracto. Porque pretender la igualdad del hombre

⁴¹ Precisamente en esta línea, surgen nuevas teorías que vienen a criticar el excesivo positivismo y formalismo del método jurídico como había sido entendido hasta ese momento. Surgen así reflexiones como las de Emilio Betti que considera que "*el intérprete debe recorrer hacia atrás el iter genético de la comunicación; pero no va a poder eludir ni su propia subjetividad ni las circunstancias históricas y contextuales desde las que realiza la interpretación*". CALVO GARCÍA, M. comenta esta teoría. *Los fundamentos del método jurídico...* op. cit., pág. 170. Como reacción a esta tendencia surgen movimientos antiformalistas que reclaman el reconocimiento de un "*derecho vivo, que no es el derecho fijado arbitrariamente ni por el legislador ni por el juez, sino el derecho que vive en la propia organización de la sociedad, en un renovado espíritu del pueblo*". CALVO GARCÍA, M. Comentando las teorías de Eugen Ehrlich. *Los fundamentos del método jurídico ... op.cit.*, pág. 108.

⁴² En teorías como la defendida por Ronald Dworkin, que considera que "*la interpretación creativa ha de ponerse en relación no con la intención del autor, sino con la intención del intérprete*". CALVO GARCÍA, M. recoge esta teoría en su crítica a los postulados tradicionales del método jurídico. *Los fundamentos del método jurídico ... op.cit.*, pág. 197.

⁴³ Véase DE LA VIEJA DE LA TORRE M.T. "Ética de la diferencia, Política de la Igualdad", en A.A.V.V. *Feminismo del pasado al presente*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2000, pág. 55.

y la mujer en sentido abstracto, el tratamiento paritario de situaciones que no son análogas, la ausencia de otros valores, y el imperio de los tecnicismos, no resulta efectivo⁴⁴. Esto supondría confiar en el carácter pleno del ordenamiento jurídico, como sistema previsor de soluciones para “todas” las circunstancias que puedan darse en una sociedad.

Concretamente en nuestro estudio, supondría confiar en que se pueden proporcionar soluciones para todas las circunstancias en las cuales una mujer doblemente trabajadora pueda encontrarse. En la sociedad actual y con el ordenamiento jurídico vigente, esto último exigiría un ejercicio de ingenuidad desmedida que resulta altamente imposible de realizar en estos momentos⁴⁵.

Si partimos de la realidad del mercado de trabajo que va a ser descrita en el capítulo siguiente, que además muestra realidades diferentes para mujeres y hombres e incluso ausencia de protección de algunas de ellas, y analizamos los contenidos de las normas jurídicas que engloban lo que podríamos denominar mecanismos para la realización de la conciliación de lo profesional y familiar, la primera conclusión que se extrae es que esta forma de elaborar las normas y de ponerlas en práctica resulta insuficiente aunque no inadecuada como ya se ha dicho.

Por ello es necesario contar con el contexto social en el que se está produciendo la necesidad. No es lo mismo el mercado de trabajo y la economía española que el que pueda darse en otros países de Europa. Esto supone que no pueden aplicarse en abstracto las medidas legales que se aprueben en el seno de la Unión europea, no sólo se deben tener en cuenta las categorías de personas, hombres y mujeres, sino también los objetivos políticos, sociales, etc., que el propio Estado se haya marcado a la hora de poner en práctica cualquier medida de protección a la mujer o de las responsabilidades familiares.

De manera que el estudio de estas normas en abstracto, observando sólo si son o no correctas desde el punto de vista de la formalidad del derecho, pregonando su tono neutral en el sentido de no excluir de los beneficios que puedan reconocer a las mujeres, nos impide aportar apreciaciones desde la percepción de los propios sujetos destinatarios de las mismas y, por tanto, proponer soluciones a la necesidad que estamos analizando⁴⁶.

⁴⁴ La labor del jurista no se debe limitar a “interpretar una norma jurídica sin añadir nada nuevo a su significado, tan sólo debe especificar su sentido general y abstracto a tenor de los hechos del caso concreto.” CALVO GARCÍA, M. *Los fundamentos del método jurídico...* op.cit., pág. 94.

⁴⁵ Es preciso, por tanto, “abrir nuevas perspectivas para la interpretación jurídica tratando de hacer frente a algunas de las demandas más importantes de la crítica al método tradicional: el reconocimiento de la incidencia de factores subjetivos, culturales, valorativos, etc. que desbordan los intentos de explicar la aplicación del derecho como un procedimiento meramente lógico”. CALVO GARCÍA, M. *Interpretación y argumentación jurídica...* op.cit., pág. 9

⁴⁶ De hecho uno de los mayores obstáculos que de forma estructural vamos a encontrar en la aplicación de un método al estudio del Derecho del trabajo, es la constante situación de cambio a la que se somete este Derecho, el cual ha sido calificado como un derecho vivo y en constante cambio. En este mismo sentido se pronuncia Hernández-Gil, cuando comenta que “las reglas del derecho no están encerradas en los Códigos como en una vitrina. Para conocerlas verdaderamente hay que captarlas en su actuación en la vida; no basta conocer las fórmulas en que se encierran y su historia”. HERNÁNDEZ GIL, A. *op.cit.*, pág. 266. Todo esto justifica la elección del método feminista porque se acerca a los destinatarios de la norma, observa sus necesidades, intenta encontrar respuesta en la norma, o en todo caso, proponerla, y porque, en definitiva, no hace abstracción de dicha norma al analizarla.

Precisamente por estas carencias que presenta la investigación realizada desde el llamado método jurídico tradicional, es por lo que sin prescindir de él se ha acudido al auxilio de otras herramientas útiles para nuestra investigación y que son proporcionadas por las Teorías Feministas⁴⁷ que hoy defienden la Igualdad de Género.

2.3. Principales corrientes del pensamiento feminista y justificación de su utilización en nuestro estudio

1.- A modo de introducción es preciso realizar una aclaración de lo que el concepto "Género" está suponiendo en la legislación de los Estados que integran la Unión Europea.

En resumen, el género⁴⁸ es una idea amplia, "*es un concepto y una realidad transversal que recorre todos los grupos y todas las realidades sociales*".⁴⁹ La perspectiva de género tiene su reflejo en todos los campos del saber. Esta perspectiva reporta elementos que permiten un estudio más extenso, comprensivo de cuestiones conectadas con las relaciones entre hombres y mujeres, y que escaparían al investigador si optara por otro punto de partida⁵⁰.

⁴⁷ Como ha señalado algún autor "*encontrar una definición que recoja todo lo que significa el feminismo, no es fácil*." GAMERO BRUN, C. "Realidades ocultas del feminismo" en Crónica de las jornadas sobre "*El Feminismo ante el nuevo milenio*", celebradas durante los días 10, 11 y 12 de julio de 1997 en la Universidad de Cádiz. Publicada en Monografías Universitarias de San Roque, Universidad de Cádiz, 1998, pág. 50. El feminismo es un concepto utilizado para designar diferentes cosas. Es uno de los movimientos sociales y políticos más importantes de la historia, es una escuela de pensamiento, es un método de análisis, conocimiento, investigación y exposición, etc. Incluso como movimiento social y político el feminismo es diferentes cosas, según el punto de partida que se tome para explicar el camino a seguir por el propio movimiento. Así no es lo mismo demandar la igualdad de la mujer desde la igualdad de los sujetos sociales, que reclamar la individualidad de la mujer frente al hombre dentro de una sociedad igualitaria. Puede destacarse en este sentido la obra de BOTTOMLEY, A. "Theory is a process not an end: a feminist approach to the practice of theory", en la obra colectiva RICHARDSON, J. & SANDLAND, J. *Feminist perspectives on Law & Theory*, pág. 33. Así se ha puesto de manifiesto también por los estudios realizados por las instituciones europeas que señalan que "*el feminismo no es una única teoría o grupo o corriente, sino una diversidad de ellas, muchas veces enfrentadas y sin reconocerse mutuamente como tales, como ocurrió en el caso de feministas liberales y feministas socialistas*" *Desarrollo de las teorías sobre los derechos de la mujer y el feminismo en Europa*. Documento de trabajo del Parlamento Europeo. Serie Derechos de la Mujer. FEMM 106 ES, marzo de 1999, pág. 7. www.pe.es. 13 de agosto de 2004. Asimismo, puede destacarse KOHEN, B. que destaca palabras de Sandra Harding, cuando señala que "*definir el feminismo no es una tarea exenta de complicaciones en cuanto este movimiento constituye en sí mismo un terreno en discusión, no solamente entre el feminismo y sus detractores, sino también entre sus propias adherentes*". En cuanto a su relación con el derecho, esta misma autora destaca que "*la teoría jurídica feminista aparece como un esfuerzo por introducir la teoría feminista en el discurso del derecho. Se originó en el seno del feminismo y continuó con la tarea iniciada por las académicas feministas planteándose cuestiones críticas de la relación de la vida de las mujeres con el derecho y las instituciones legales*". "El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual" en el libro AA.VV. *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Editorial Biblos, CEADEL, Buenos Aires, 2000, pág. 74 y 76 respectivamente.

⁴⁸ La relación de este concepto con los movimientos de mujeres surgidos en los años setenta es puesta de manifiesto por LAURETIS, T. "*el concepto de género en el sentido de gender se utiliza desde hace relativamente poco en el pensamiento crítico italiano y, en general, en el europeo, mientras que en los Estados Unidos y en otros países anglófonos nació con el movimiento de mujeres en los años setenta y ha sido elaborado por la crítica feminista en el contexto de los Estudios de Mujeres*". *Diferencias: etapas de un camino a través del feminismo*, en Cuadernos inacabados, Madrid, 2000, pág. 153.

⁴⁹ COBO, R. "Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política", en *Revista de Política y Sociada*, n° 32, 1999, pág. 58.

⁵⁰ Como ha dicho algún autor, "*no hace falta ser especialista en cuestiones de género o feminista (los dos aspectos suelen ir juntos) para interesarse por los múltiples estudios sociológicos que se vienen realizando en Europa sobre la relación entre las mujeres y el trabajo o el empleo*". PRIETO, C. "Los estudios sobre mujer, trabajo y empleo: caminos recorridos,

El género es, por tanto, un concepto que comienza a estar presente en la mayoría de las políticas y medidas puestas en práctica por los Estados miembros de la Unión Europea⁵¹. Conseguir la igualdad entre los géneros es un fin en sí mismo y para su consecución se utiliza una concreta forma de diseñar y aplicar las medidas que se aprueban y que se conoce con el nombre de *Mainstreaming*⁵².

Esta forma de intervención está teniendo su reconocimiento en diferentes parcelas del ordenamiento jurídico, desde el ámbito penal hasta el social, y se ha desarrollado desde las esferas internacionales⁵³ hasta el ámbito comunitario. Se trata de tener en cuenta, al “elaborar, poner en práctica y evaluar” todas las medidas legales, las posibles diferencias existentes o que podrían llegar a existir para hombres y mujeres, fomentando el acercamiento entre las posiciones de ambos mediante la atención a las prioridades o necesidades de cada uno. Con todo esto, lo que se consigue es que la igualdad no sea una cuestión meramente de interés para las mujeres, sino para toda la sociedad.

En resumen, consiste en analizar el diferente impacto que cualquier medida tiene en hombres y mujeres para que de esa forma se puedan establecer regulaciones diferenciadas según las necesidades de cada uno de estos colectivos. Esta técnica del *mainstreaming* o transversalidad viene a corresponderse, como analizaremos a continuación, con los postulados de una de las corrientes

camino por recorrer”. *op.cit.*, pág. 141. Además, como señala algún autor “el género ofrece una perspectiva nueva, más amplia y más neutra, a esa necesidad de incorporarse tanto a los hombres como a las mujeres y, sobre todo, las relaciones entre los hombres y las mujeres, a todos los saberes de la Historia, la Filosofía o la Sociología”. ALBERDI, I. “El significado del género en las ciencias sociales”, en *Revista de Política y Sociedad*, nº 32, 1999, pág. 15. Otros señalan que “la igualdad de género supone el reconocimiento e igual valoración de mujeres y hombres, así como de las tareas y funciones que llevan a cabo, sin que haya jerarquía de un sexo sobre otro, haciendo posible la participación plena de unas y otros en los diferentes espacios y ámbitos de la sociedad”. DOMÍNGUEZ ALCON, C. en el Prólogo del libro *Políticas de género en la Unión Europea*. ROSSILLI M. (coord). Narcea, Madrid, 2001.

⁵¹ Como de otros muchos conceptos, de éste también existen diversas definiciones que lo resumen como “conjunto de funciones, comportamientos, actitudes, situación y posición social que tiene cada sexo.[...] La teoría de género permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y hombres, sus semejanzas y diferencias, sus posibilidades, el sentido de sus vidas, sus expectativas y oportunidades, las complejas y diversas relaciones sociales que se dan entre ambos géneros, los conflictos institucionales y cotidianos que deben enfrentar y la manera en que lo hacen, identificar los recursos y las capacidades de acción para enfrentar las dificultades de la vida y la realización de los propósitos”. LAGARDE, M. Género y Feminismo. Desarrollo Humano y Democracia. Colección de Cuadernos inacabados, nº 25, Editorial horas y HORAS, Madrid, 1997, pág. 27 y 28.

⁵² Sobre este concepto puede consultarse STELARRA, J *op. cit.*, pág. 83 a 88. LOMBARDO, E “El *mainstreaming*: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea”, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 12 de 2003, pág. 6-11 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005. CONSEJO DE EUROPA. *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en *mainstreaming* (EG-S-MS). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, Serie documentos nº 28, Madrid, 1999.

⁵³ Sobre todo desde la Conferencia de Pekín, y por lo que se refiere al ámbito comunitario pueden destacarse las siguientes disposiciones: Programa Comunitario de acciones para igualdad de oportunidades aprobado por el Consejo en diciembre de 1995, Resolución del Parlamento europeo A4-0251/97, Comunicación de la Comisión COM (96) 67 de 21 de febrero de 1996, Decisión del Comisión de 19 de junio de 2000, relativa al equilibrio entre hombres y mujeres en los comités y los grupos de expertos creados por la Comisión (2000/407/CE), etc. También puede consultarse MARIÑO MENÉNDEZ, F.M. *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*. Universidad Carlos III de Madrid, 1996. AA.VV. *La mujer en el mundo de hoy. Situación y Políticas de los Gobiernos*. Escuela Libre Editorial, Colección Solidaridad 10, Madrid, 1997, págs. 21 y ss. ELOSEGUI ITXASO, M. *El Derecho a la igualdad y a la diferencia. El republicanismo intercultural desde la filosofía del derecho*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, nº 54, Madrid, 1998, págs. 431- 587.

feministas que en la actualidad está teniendo mayor reconocimiento, nos referimos al Feminismo de la Diferencia, y con una de las formas de ser entendidas las relaciones entre mujeres y hombres por estos movimientos feministas.

En cuanto al reconocimiento legal de esta técnica, debe señalarse que el mismo puede encontrarse en diferentes preceptos del Proyecto de Tratado por el que se constituye una Constitución para Europa (PTCE) y del propio Tratado actualmente vigente. Así el artículo 3.3 de este texto (artículo 2 TUE vigente) cuando señala los objetivos de la Unión cita expresamente la igualdad entre mujeres y hombres⁵⁴. De la lectura del artículo 3 PTCE se desprende que cualquier actuación de la Comunidad puede ser interesante e idónea para la puesta en marcha de este meca-nismo, ya que la relación de materias en las que puede intervenir la Unión Europea, con el fin de hacer realidad los objetivos del mencionado artículo, es ciertamente extensa. Para nuestro estudio tienen una especial importancia materias como el empleo, la protección de la salud, y el envejecimiento de la población junto con la escasa natalidad existente en nuestros días. De ahí que fijemos en ese precepto el nexo de unión entre la igualdad por razón de género y las políticas que serán estudiadas en este trabajo de investigación: Política de Igualdad de Oportunidades, Política de Igualdad en el mercado de trabajo, Política de Salud Laboral, Política de Conciliación de los tiempos de trabajo y atención a la familia⁵⁵.

Como decíamos anteriormente, esta transversalidad no sólo va a ser tenida en cuenta en la elaboración de la concreta política comunitaria, sino también en su puesta en práctica y en el control que ejercerán las instituciones comunitarias sobre su cumplimiento. Es más, va a trascender de las propias instituciones comunitarias a las nacionales, e incluso a los interlocutores sociales que pueden tener un papel protagonista en la transposición del Derecho Comunitario.

De esta exposición, por tanto, dos ideas deben quedar claras. Por un lado, con esta técnica se ha conseguido extraer la idea de igualdad por razón de

⁵⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER. M. señala, en relación con este punto, que *"el Tratado de Amsterdam integra la transversalidad o mainstreaming, no sólo como técnica o método sino como principio vinculante, que impone a los países comunitarios un doble enfoque de las políticas, incorporar en todas ellas la dimensión de la igualdad."* "Igualdad de género y políticas comunitarias", en *Relaciones Laborales*, nº 6 marzo 2000, págs. 4-5. Este mismo autor ha señalado que *"integrar la perspectiva de género en todas las políticas supone metódicamente analizar las consecuencias para hombres y mujeres antes de tomar ninguna decisión, puesto que, como se dice en la Guía de la Comisión para la evolución del impacto en función del género, decisiones políticas aparentemente no sexistas pueden tener un impacto diferente en las mujeres y en los hombres y reforzar las desigualdades existentes, aun cuando esas consecuencias no estuvieran ni previstas ni se desearan"*. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género", en *Relaciones Laborales*, nº 19 octubre 2001, pág. 7. En cualquier caso, es preciso destacar como *"la estrategia de la transversalidad es una obra en plena construcción. Ya están puestos unos sólidos cimientos: el Tratado de Amsterdam y la Comunicación de la Comisión de 1996 sobre la igualdad: Integrar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias"*. Documento COM (96) 67 final. Asimismo, destacar Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité económico y social y al Comité de las Regiones: Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2000). COM (2001) 179 final, pág. 11.

⁵⁵ Además de éstas, la igualdad de género va a influir en políticas como el transporte, la libre circulación de personas, medio ambiente, etc. Como señala RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. *"esta nueva estrategia marco incluye cinco objetivos fundamentales que determinan los ámbitos prioritarios de actuación: [...] igualdad en la vida económica, [...], igualdad en la participación en los órganos de toma de decisiones políticas, económicas y sociales, [...] igualdad en el acceso y disfrute de los derechos, [...] igualdad en la vida civil, [...] cambio de los roles sociales"* "La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género". *op. cit.*, págs. 8 y 9.

sexo de su tradicional tratamiento, concentrado principal aunque no exclusivamente en medidas de acción positiva a favor de la mujer, y se ha trasladado a un ámbito más amplio que abarca toda la sociedad, pero sin que por ello se dejen de aprobar medidas de acción positiva a favor de las mujeres, como también se analizará en próximas páginas. En definitiva, se continua con el tratamiento tradicional de la igualdad pero se amplía su campo de actuación, introduciendo medidas aplicables a hombres y mujeres e intentando tener en cuenta las diferencias entre ambos.

Y por otro lado, no se trata de un fenómeno cuyos efectos puedan detectarse de forma inmediata, ya que su aplicación es progresiva y, por tanto, tendremos que esperar a los primeros resultados para poder valorar su puesta en práctica. No es algo que se consiga con la aprobación de una concreta norma, cualquiera que sea su naturaleza, sino que es una voluntad que debe presidir la labor normativa a partir de ahora⁵⁶.

2.- Como señalábamos anteriormente el *mainstreaming* se encuentra estrechamente relacionado con los postulados del Feminismo de la Diferencia, de ahí que sea necesario estudiar en este momento los movimientos feministas que han centrado sus esfuerzos en exponer a la sociedad la necesidad de partir del género como hecho social, a diferencia del sexo como hecho biológico, y ello para realizar un estudio con detenimiento de la posición de la mujer en el mercado de trabajo. Aunque como algún autor ha apuntado "*hablar de mujeres no es lo mismo que hablar de feminismo*"⁵⁷.

a) Esta elección se produce porque el ordenamiento jurídico laboral, no sólo el español, ha sido construido sobre un prototipo de trabajo basado principalmente en la prestación de servicios del varón que tiene como actividad principal de su vida precisamente esta misma prestación, quedando en un segundo plano las responsabilidades familiares.

Esta realidad que durante un tiempo fue así ha cambiado actualmente, se ha producido una incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo y por ello ese patrón debe ser modificado.

Para ello no se propugna olvidar todo el camino recorrido hasta el momento sino adaptarlo a los sujetos que intervienen en el mercado de trabajo

⁵⁶ A pesar de las ventajas de esta técnica, no puede olvidarse apuntar que no está exenta de inconvenientes, como señala RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "el peligro que tiene la transversalidad de las políticas es que el desplazamiento de la atención de la igualdad de género hacia otras políticas y actividades cotidianas, superando el ámbito de las medidas igualitarias centradas en el empleo, la formación y la educación, puede llevar a un descuido de estas últimas, tendencia que se ha denunciado tanto en el seno de la Organización Internacional del Trabajo como dentro de la Comunidad Europea." Por ello se insiste en que la transversalidad debe englobar una doble perspectiva, acciones positivas a favor de la mujer y extensión a todas las políticas de la igualdad de género. "La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género". *op. cit.*, pág. 7.

⁵⁷ VALCÁRCEL, A. *La Política de las mujeres*. Ediciones Cátedra, Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 89. Además puede consultarse PATERNA, C. y MARTÍNEZ, C. *La maternidad hoy: claves y encrucijada*. Minerva Ediciones, Madrid, 2005, págs. 163 y ss.

con posiciones y roles diferentes, de ahí que acudamos a las principales teorías que han intentado aportar la visión de la mujer en esa materia, no como reivindicación sino como método de observación.

No se pretende renegar de todo aquello que se exprese en términos de universalidad o imparcialidad, más bien se pretende matizar, cuando sea necesario, para llegar a la atención de las necesidades del individuo ya sea hombre o mujer. De hecho en nuestro estudio se pretende demostrar que hay aspectos, fundamentalmente derechos, en los actuales ordenamientos jurídicos que perjudican al hombre en cuanto trabajador, porque sólo se reconocen a las mujeres, y viceversa.

En todas las corrientes del pensamiento feministas existe un elemento común y es la referencia a la mujer en un doble sentido. Por un lado, como objeto de estudio en tanto que individuo oprimido y subordinado de la sociedad que reclama su liberación. Incluso a veces, esa opresión es doblemente padecida, como perteneciente a un grupo oprimido y por ser mujer dentro de ese grupo⁵⁸. Y por otro lado, como sujeto del análisis. Son muy abundantes las teorías que hasta hoy han tomado a la mujer como objeto de análisis y que a su vez han sido desarrolladas preferentemente por mujeres, observando y proyectando así su sensibilidad y visión particular de la realidad⁵⁹.

El feminismo como forma no sólo de analizar el momento social y todo lo que ello conlleva, sino de entender esta misma realidad, es una propuesta que ha tomado aspectos de diferentes disciplinas, ya que no sólo se ha manifestado en la sociedad como movimiento político⁶⁰, cultural⁶¹, reivindicativo, sino como método de análisis defendido por aquellos que han resultado ser partidarios de interpretaciones alternativas de las normas, de las costumbres, de los usos y de los roles sociales⁶². Es precisamente esta

⁵⁸ Y ello porque como algún autor ha señalado "*las mujeres son la mitad de todos los grupos sociales, independientemente de la categoría a la que pertenezcan (negros, homosexuales, inmigrantes, etc.)*". COBO, R. *op. cit.*, pág.58.

⁵⁹ En parecidos términos se pronuncian KOHEN, B. "El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual" en la obra colectiva *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, *op. cit.*, pág. 75 y 86. ASTELARRA, J. *op. cit.*, pág. 11 y ss.

⁶⁰ En este sentido pueden destacarse las palabras de MARION YOUNG, I. "[...] una política de la diferencia sostiene, en cambio, que la igualdad como participación e incluso de todos los grupos requiere a veces un tratamiento diferente para los grupos oprimidos o desaventajados.". *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, pág. 266. Aunque algunos autores niegan este carácter de movimiento político al llamado feminismo. En concreto, VALCÁRCEL, A. comenta esta postura en relación con las ideas de Marvin Harris, cuando señala este autor que "[...] el feminismo no es un movimiento político. La política es una actividad demasiado restringida que se hace la ilusión de dirigir transformaciones que la sobrepasan". *Sexo y filosofía: sobre mujer y poder*. Editorial Anthropos, Barcelona, 1991, pág. 65.

⁶¹ Así lo han calificado algunos autores como Amelia Valcárcel que ha declarado que "*el movimiento feminista es probablemente el más novedoso movimiento cultural que haya conocido el siglo, con una capacidad difusiva por encima de la media, que produce transformaciones sociales aún impredecibles*". VALCÁRCEL, A. *Sexo y filosofía... op.cit.*, pág. 69.

⁶² El feminismo es una ideología que impregna numerosos aspectos de la realidad del ser humano, aunque no exenta de contradicciones lo que provoca el rechazo de algunos de los componentes que emblemáticamente la han caracterizado. Si bien, se reconoce la importante influencia que los movimientos feministas han ejercido en la configuración actual del ordenamiento jurídico de la mayoría de los países desarrollados, como es el caso de los países de cultura anglosajona, Estados Unidos, o Italia; esto, sin embargo, no impide que el calificativo "feminista" pueda, según el contexto, resultar

multidisciplinariedad la que le ha venido otorgando, sin duda alguna, esa identidad propia⁶³.

Este fenómeno se ha extendido de forma considerable a las diferentes disciplinas que podrían encuadrarse en las llamadas Ciencias Sociales, véase, Filosofía, Sociología, Psicología, Antropología, y por su puesto al propio Derecho.

Los trabajos realizados por Catharine Mackinnon⁶⁴, son una buena muestra de ello. Algunos de sus análisis han tenido un efecto fundamental en algunas áreas puntuales del Derecho, de tal modo que han dado lugar a cambios normativos de gran importancia. Éste es el caso de la disciplina en la que nos encuadramos, en el sentido de que algunas de las actuales políticas de igualdad laboral han traído causa de los análisis de algunas de las escuelas feministas que hasta el momento se han desarrollado.

En concreto, en el ámbito del Derecho del Trabajo aunque existen ya hoy numerosos estudios feministas que revelan la posición de la mujer en un mercado como el laboral, fuertemente controlado por esquemas masculinos, sin embargo se precisa todavía de la implementación del método que estamos defendiendo, de manera que es preciso fomentar el análisis de las normas laborales desde la perspectiva del individuo, de la diferencia, sólo de esta forma se conseguirá una mayor eficacia de la norma en cuestión.

No es causal que fueran las mujeres, principalmente universitarias, las que destacaran la importancia de este movimiento. Estas mujeres además de profesionales cualificadas, eran madres, esposas e hijas, y por ello auxiliadoras de otros segmentos de la sociedad precisados de cuidado. Y al mismo tiempo, sentían la necesidad e incluso la posibilidad de manifestar las reivindicaciones internas de muchas mujeres, en la medida en que contaban con las herramientas para llevar a cabo esta "expresión colectiva".

Además, desde sus orígenes las Universidades han contado con el reconocimiento social de ser instituciones integradas en la sociedad y, por tanto, concededoras de sus necesidades más imperiosas⁶⁵.

un insulto para el destinatario del oportuno comentario. Como señala ALBERDI, I. "el movimiento de las mujeres presenta una contradicción históricamente interesante entre la adhesión generalizada que alcanzan sus reivindicaciones, en la mayoría de las sociedades desarrolladas, y el rechazo popular a sus símbolos y a sus principios". *op. cit.*, pág. 10.

⁶³ Sobre estos aspectos también puede consultarse DELPHY, C. "The European Union and the Future of Feminism. en la obra colectiva AA.VV. *Sexual Politics and the European Union*. Editorial Bregan books, 1996, USA, pág. 147 y ss. HOSKYNS, C. *Integratin Gender*, 1996, London, págs. 25 a 42. Respecto a la evolución de las teorías feministas en los distintos países europeos puede consultarse AA.VV *Maternidad y política de género. La mujer en los estados de bienestar europeos, 1880-1950*. Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia e Instituto de la Mujer, Madrid, 1996, págs 51-437.

⁶⁴ Entre sus obras se puede citar. MACKINNON, C. *Hacia una 7ª feminista del Estado*. Instituto de la mujer. Cátedra 1995. También puede destacarse "Radical Feminism and the critiques of essentialism" en la obra colectiva BARNET, H. *Introduction to feminist jurisprudence*. Cavendish Publishing Limited, London 1998, págs. 163-177. *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Boston, Harvard University Press, 1987. Esta última ya citada en la nota 37 de este trabajo.

⁶⁵ Sobre esta relación se manifiestan entre otros, ALBERDI, I. *op. cit.*, pág. 10 y ss.

Sin embargo, no todo fue un cordial avance en la carrera y estudios de género y de mujeres en particular, ya que muchos de los avances producidos fueron “*al precio de maquillar y disimular un tanto sus preocupaciones y enfoques*”.⁶⁶

b) Si además de intentar entender lo que significan queremos situarlos históricamente, hay que precisar que el origen de los movimientos feministas se encuentran en Europa⁶⁷, especialmente en los países donde el progreso social y económico se hace notar de forma más temprana⁶⁸. En concreto, en países como Francia o Inglaterra donde las reivindicaciones feministas para la igualdad de la mujer respecto del hombre son incluidas en los programas electorales, eran señas de progreso en la sociedad y en la mente de los propios hombres que los realizaban y estaban de acuerdo con la presencia de la mujer en el terreno público, además de su presencia privada⁶⁹. Esta primera manifestación tuvo su continuación en otras partes de Europa y en América del Norte a mediados del siglo

⁶⁶ ALBERDI, I. *Ibidem.*, pág. 13

⁶⁷ Véase ELOSEGUI ITXASO, M. Actas de las Jornadas, Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de la Presidencia, Sevilla, 2000. Anexo 3, pág. 49. En concreto, destaca esta autora que “*en Francia, como fenómeno moderno, el feminismo se afirma doctrinalmente en la Revolución francesa, época en que Olympia de Gouges redactó la Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana (1791), apoyándose en Keralio que, en 1789, había presentado un Cuaderno de reivindicaciones femeninas.*” En el caso de Inglaterra, esta autora, destaca el llamado Movimiento Suffragista para la consecución de la igualdad real de la mujer en todos los aspectos, retributivo, político, personal, etc. Otros autores han destacado el carácter continuador del movimiento feminista respecto de estos movimientos sufragistas. ALBERDI, I. *op. cit.*, pág. 9. Además, esta autora centra el origen de los movimientos feministas no sólo en Europa sino también en América del Norte. *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁸ Como hechos históricos importantes en el movimiento de las mujeres, pueden citarse los siguientes:

- 1789- *las mujeres de París, mientras marchaban hacia Versalles y al grito de “libertad, igualdad, y fraternidad” exigieron por primera vez el derecho al voto para la mujer.*
- 1792- *la inglesa Mary Wollstoncraft, publicó “Reivindicación de los derechos de la Mujer”, uno de los manifiestos feministas más radicales de la historia.*
- 1857-*el 8 de marzo de 1857, las obreras de la industria textil y de la confección, realizan una huelga y se manifiestan en las calles de Nueva York, exigiendo el derecho al trabajo y garantías de condiciones de trabajo más humanas.*
- 1866-*las mujeres logran un triunfo, cuando el Primer Congreso de la Asociación Internacional del Trabajadores, aprobó una resolución relativa al trabajo profesional de la mujer, documento que desafió abiertamente la tradición de que el lugar de las mujeres era el hogar.*
- 1889- *el 19 de julio de 1889, la dirigente alemana Clara Zetkin, pronuncia su primer discurso sobre los problemas de la mujer, durante el Congreso fundador de la Segunda Internacional Socialista celebrada en París. Allí defendió el derecho de la mujer al trabajo.*
- 1908-*más de 130 mujeres obreras ofrendan su vida el 8 de marzo de 1908, cuando se produjo un incendio en una fábrica textil en Nueva York, donde se habían encerrado para reclamar iguales derechos laborales que los hombres, dando surgimiento al día internacional de la mujer trabajadora.*
- 1952- *la ONU instituye el 8 de marzo como “Día Internacional de la Mujer”.*
- 1975- *la ONU realiza en México la I Conferencia Mundial sobre la Mujer.*
- 1980- *la ONU celebra en Copenhague, Dinamarca, la II Conferencia Mundial sobre la Mujer.*
- 1985- *la ONU celebra en Nairobi, Kenia, la III Conferencia Mundial sobre la Mujer.*
- 1995- *la ONU realiza en Beijing, China, la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer.*

Toda esta información puede consultarse en STAFF WILSON, M. *Mujer y Derechos Humanos*. KO'AGA ROÑE' ETA SE.VIII (1998), <http://www.derechos.org/koaga/viii/staff.html>, 20 enero de 2003.

⁶⁹ Así lo ha puesto de manifiesto también el Parlamento Europeo en un estudio realizado sobre las teorías que se han ocupado de reivindicar los derechos de la mujer. Concretamente señala que “*[...] los primeros movimientos a favor de los derechos de la mujer en Europa se forman en Inglaterra a mediados del siglo pasado*”. Además añade que aunque “*con anterioridad había habido grupos de mujeres feministas tanto en Inglaterra como en Francia. [...] su trayectoria*

XIX⁷⁰. En esta ocasión el núcleo de actuación fue el reconocimiento del derecho al voto, como inicio del camino para la consecución de una serie de derechos de ciudadanía.

Será alrededor de los años sesenta y siguientes cuando se impulse de nuevo al movimiento, ahora ya con la pretensión de alcanzar una igualdad jurídica que, a pesar de los logros conseguidos hasta ese momento, no había llegado a instaurarse en las sociedades del momento⁷¹. Se continúa así con la lucha de las mujeres que desde sus orígenes se ha dirigido contra la otra mitad de la humanidad, en la medida que el sistema construido por ellos había provocado su inferioridad y subordinación⁷². Estos movimientos feministas de los que venimos hablando han explicado tradicionalmente las relaciones entre ambos sexos en función de la posición que la mujer ocupa respecto al hombre⁷³.

Una primera postura es aquella que considera que la mujer es un ser dependiente del hombre, asumiendo además que la mujer es diferente al hombre lo que justifica su inferioridad. Esta postura tiene de cierto la primera parte de la premisa, en el sentido de que la mujer es diferente al hombre, pero no por ello inferior... únicamente diferente. En cualquier caso, esta postura en sus pronunciamientos principales ha sido superada después del reconocimiento del

fue muy corta y, debido a su radicalismo y al ambiente revolucionario que los propició, fueron rápidamente sofocados.”. *Desarrollo de las teorías sobre los derechos de la mujer y el feminismo en Europa. op.cit.* pág. 13. En cualquier caso, intentar centrar los orígenes de un movimiento como el aquí analizado conlleva el riesgo de caer en tentaciones de calificar como origen acontecimientos anteriores o posteriores a su manifestación social, entendiendo que su existencia en la sombra o a media luz también debe ser tenida en cuenta. Así algunos estudiosos encuadran el origen del feminismo “en las filas del racionalismo. Fue el racionalismo el que impuso la idea de igualdad y en las filas del racionalismo aparece la primera vindicación feminista: es la vindicación de Poulain de la Barre, por cierto un varón, su denuncia: *Cómo entender y pensar racionalmente mientras el sexo condene a vivir a la mitad de la humanidad en una minoría de edad perpetua*” VALCÁRCEL, A. *La Política de las mujeres...* op.cit., pág. 91 y ss.

⁷⁰ En relación con estas fechas también se habla del feminismo humanista próximo al feminismo de la igualdad, MARION YOUNG, I. *op.cit.*, pág. 272. ALBERDI, I. Además, esta autora centra el origen de los movimientos feministas no sólo en Europa sino también en América del Norte. *op. cit.*, pág. 9 y 10. SUÁREZ LLANOS, M.L. *Teoría Feminista, Política, y Derecho*. Dykinson, 2002, pág. 63 y ss.

⁷¹ Se constata que, a pesar del avance, la mujer sigue viviendo en un clima de inferioridad. Se ha puesto de manifiesto como “*las modernas teorías feministas se gestan con el mayo del 68, por lo común dentro de grupos radicales de pensamiento y acción política en los países del área anglosajona. Vinculadas a esas peculiares izquierdas, las nacientes teorías utilizaron el aparato marxista o el freudomarxismo*”. VALCÁRCEL, A. *Sexo y Filosofía...* op.cit., pág. 44. Esta evolución también puede analizarse en VALCÁRCEL, A. *La Política de las mujeres...* op.cit., pág 91 y ss.

⁷² Si para los autores marxistas el capitalismo era una forma de explotación de una parte de la sociedad y “*el patriarcado un sistema de dominación, el patriarcado capitalista es una improvisada síntesis*”. VALCÁRCEL, A. *Sexo y filosofía...* op.cit., pág. 50. Asimismo, puede consultarse FACIO, A. *op.cit.*, pág. 38. Entre las obras que explican más claramente la relación entre marxismo y feminismo podemos citar PARAMIO, L. “Lo que todo marxista vulgar debe saber sobre feminismo”, en la obra colectiva *Nuevas perspectiva sobre la mujer*. Actas de las Primeras Jornadas de Investigación Interdisciplinaria, Volumen II. Seminario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid, 1982, págs. 171-179.

⁷³ En los orígenes del feminismo se podían diferenciar varias tendencias dentro del mismo movimiento, según la forma concreta de entender las relaciones entre estos hombres y mujeres, y la forma de pretender la liberación de la mujer como clase social oprimida, aunque en todas ellas existía el elemento común de acabar con el patriarcado. Algunos autores han considerado que realmente no existe una teoría feminista “*sino teorías feministas y, más aún, que éstas son más bien teorías generales, que el feminismo ha tomado prestadas*.” GATENS M. *Feminism and Philosophy. Perspectives on Difference an Equality*. Polity Press, Indiana Univ. Pres, 1991. <http://www.cddc.vt.edu/feminism/phi.html>. 30 de septiembre de 2005.

derecho a la igualdad en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, y de la reforma de todo el sistema legal que requería el consentimiento del hombre para la realización de cualquier negocio jurídico por la mujer⁷⁴.

La segunda forma de explicar la relación entre hombres y mujeres es aquella que fue puesta de manifiesto por los primeros movimientos feministas que exaltaban la independencia de las mujeres respecto de los hombres. Se consideraba que las mujeres eran iguales a los hombres y esto legitimada su igualdad legal, hasta el punto de pretender que la mujer fuera una fiel imitación del hombre.⁷⁵

La huida del mundo privado hacia el llamado terreno público se lanza como mensaje a las mujeres de las últimas décadas, con el convencimiento de que existe una incompatibilidad entre ambas esferas, y que la subordinación de la mujer tiene su origen en la propia familia.

Si bien hay mucho de cierto en estas premisas, en la actualidad debe plantearse la cuestión no en términos de elección por las mujeres de una de estas esferas, sino en el sentido de que si decide avanzar en ambas no estará sola en dicho camino, pues existen otros sujetos con los mismos o parecidos instrumentos para recorrer ese camino, sin que sea ella quien deba afrontar en solitario el difícil recorrido.

La conclusión de esta segunda postura es que si hombres y mujeres pueden llegar a ser iguales, no es necesario que legalmente se reconozca diferencia alguna y, por tanto, que se atienda a las circunstancias de cada uno de estos colectivos a la hora de acceder al mercado de trabajo y a la formación de la propia familia. La objetividad impregna toda la regulación del mercado de trabajo, dejando a los propios interesados el establecimiento de las pautas que rigen los aspectos de la vida privada.

La tercera postura, más adecuada a nuestro entender, es aquella que considera que hombres y mujeres deben estar presentes en ambas esferas, pública y privada, pero que el acceso de cada uno de ellos a las mismas se hace desde diferentes puntos de partida, de ahí que deban existir diferentes instrumentos legales que faciliten al sujeto su incorporación o permanencia en estas esferas⁷⁶.

⁷⁴ En este sentido son muy significativas las palabras de María Elosegui cuando señala que *"las diferencias sexuales determinaban en este caso los papeles culturales, hasta el punto de que se consideraba que las funciones que ambos desarrollaban en la sociedad no eran intercambiables sino que estaban irremediamente unidas a la genética y a la biología. [...] Al hombre le correspondía dentro de lo público, la política, la economía, la producción, el trabajo remunerado; a la mujer, que se desenvolvía en el ámbito privado, se le asignaban las tareas relacionadas con la reproducción, crianza y educación de los hijos y la economía doméstica, infravaloradas socialmente"*. ELOSEGUI ITXASO, M. *Actas de Jornadas. "El Derecho a Trabajar en Igualdad"*. op. cit., pág. 24.

⁷⁵ En este mismo sentido se pronuncia ELOSEGUI ITXASO, M. *Actas de Jornadas. "El Derecho a Trabajar en Igualdad"*. *Ibidem.*, pág. 25.

⁷⁶ Como ha señalado SÁEZ LARA, C. comentando a RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. *"[...] el modelo de igualdad entre los sexos debe introducir correcciones atendiendo a ciertas diferencias sexuales, reconociéndolas y acomodándose a ellas para neutralizarlas como barrera a la igualdad de oportunidades"*. *Mujeres y Mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*. CES, Madrid, 1994, pág. 14.

Esto debe ser interpretado en sus justos términos, ya que esa penetración de los sujetos en las esferas hasta ahora poco exploradas, en especial por los hombres, no supone perder su identidad, sólo adaptarla a las nuevas necesidades de los sujetos como consecuencia de los cambios producidos en las necesidades de todo individuo, y en especial de las mujeres⁷⁷.

En resumen, estas posturas se encuadran en las corrientes del llamado "Feminismo Reivindicativo"⁷⁸ que coincide con los postulados de la segunda de las posturas que hemos explicado, y que en definitiva pretendía que los problemas de las mujeres fueran tratados como problemas de la sociedad y, por tanto, que estuvieran incursos en las políticas generales que los partidos políticos y los movimientos de presión apoyaban. Y en el llamado "Feminismo Revolucionario", también coincidente con esa segunda postura y que tenía como objeto exclusivo esa liberación de la mujer para conseguir su reconocimiento como sujeto exacto o igual al hombre⁷⁹.

Más recientemente los calificativos empleados llevarían a hablar de "Feminismo de la Igualdad y Feminismo de la Diferencia"⁸⁰, este último muy cercano a la tercera forma de entender las relaciones entre hombres y mujeres. Ambos pregonan la superación de la situación de inferioridad en la que se encuentran las mujeres, sin embargo el primero de ellos pretende su superación para colocarla en pie de igualdad con los hombres, con instrumentos legales y sociales iguales para ambos, sin realizar distinciones, mientras que el Feminismo de la Diferencia aún pretendiendo la realización del principio de igualdad atiende al individuo e intenta brindarle las herramientas más eficaces para la consecución de ese objetivo, sin excluir a ninguno de ellos sino atendiendo a las diferentes necesidades de mujeres y hombres⁸¹.

⁷⁷ Como señala María Elosegui "en esta mutua cooperación hay que distinguir en ambos ámbitos funciones intercambiables, es decir, que pueden ser realizadas indistintamente por personas de ambos sexos, y que dependen sólo del aprendizaje, frente a otras funciones o roles que están conectadas a una diferenciación biológica y que no son transferibles al otro sexo". ELOSEGUI ITXASO, M. Actas de Jornadas. "El Derecho a Trabajar en Igualdad". *op. cit.*, págs. 53

⁷⁸ También conocido con el nombre de Feminismo socialista, aunque es cierto que una de las particularidades de las Teorías feministas es que sin separarse de unos postulados básicos los autores que las defienden suelen bautizarlas con diferentes nombres o adjetivos aunque respondan a un mismo planteamiento. Por ejemplo, KOHEN, B. distingue tres etapas en el que podríamos llamar feminismo jurídico (intento de introducir la teoría feminista en el discurso del derecho): feminismo liberal o también llamado mismidad o feminismo de la igualdad; feminismo de la diferencia; feminismo posmoderno, etc. *op. cit.*, pág. 77. De manera que a medida que se avanza en el tiempo las teorías que van surgiendo intentan concretar más en el individuo, mientras que en el origen de estas teorías se pretendía equipar a las mujeres con los hombres, posteriormente se ha pretendido diferenciar el colectivo mujeres de los hombres, hasta finalmente llegar a la categoría Mujer e intentar diferenciar dentro del propio colectivo de mujeres según su edad, raza, situación social, educación, etc.

⁷⁹ En parecidos términos se pronuncia VALCÁRCEL, A. *Sexo y filosofía... op. cit.*, pág. 53.

⁸⁰ Sobre esta dicotomía puede consultarse *Desarrollo de las teorías sobre los derechos de la mujer y el feminismo en Europa ... op. cit.*, págs. 40 y ss. Asimismo, puede consultarse ALBERTSON FINEMAN, M. *op. cit.*, págs. 1-24. COBO BEDIA, R. "Género y Teoría Social", en *Revista Internacional de Sociología*, nº 25, enero-abril, 2000, pág. 6 y 7. BODELON, E. "Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género". *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº 5, 1995. págs. 201 y ss. CASADO APARICIO, E. "A vueltas con el sujeto del feminismo". *Revista Política y Sociedad*, nº 30. 1999, págs. 73-91.

⁸¹ Concretamente VALCÁRCEL, A. señala: "ahora, en las teorías feminista de los setenta, la pregunta era: en el nuevo mundo exigido y exigible, ¿acaso las mujeres repetirían las nefastas equivocaciones de los varones, se volverían viragos y les enmendarían la plana en lo que toca a errores y crueldad? ¿Las mujeres serían el poder o el antipoder?". *Sexo y filosofía... op. cit.*, pág. 54

La opción que este trabajo de investigación hemos realizado por el Feminismo de la Diferencia y, por tanto, por la tercera de las posturas se produce por varias razones, primero porque entendemos que es la vía más adecuada para conseguir la Igualdad de Género defendida en nuestro trabajo. La segunda razón tiene mucho fundamento en la crítica que puede dirigirse contra el feminismo de la igualdad⁸² y, en resumen, contra la segunda de las posturas antes apuntadas, y es que resulta contradictorio pretender la liberación y superación de la mujer para adaptarla al modelo que durante siglos ha provocado dicha situación de inferioridad⁸³.

Dicho modelo que no es otro que el sistema patriarcal, entendido en sentido amplio como abarcador de todos los aspectos de una sociedad, es el que ha provocado la distribución actual de roles sociales, de manera que la mujer se ha especializado en las tareas productivas domésticas y el hombre en las productivas extradomésticas.

Pretender en este sistema colocar a la mujer en un escalafón superior al ostentado hasta ahora, supone intentar moldearla a un modelo que resulta del todo criticable⁸⁴. Es por ello que el proceso más apropiado es aquél que atiende a las necesidades de los individuos según sus características, y anhela su superación según su concreta condición.

De ahí que, incluso resultando osado, se pretenda con este trabajo de investigación, provocar una reflexión en los integrantes del sexo masculino que también están llamados a superarse. Porque este cambio, que las teorías feministas proclaman, no es un cambio a "coste cero" para los varones. La realización de los objetivos que dichas teorías persiguen supone un coste social para todos, tanto hombres y mujeres, como para el propio Estado, ya que obviamente ha de ser tenido en cuenta como garante del bienestar social.

Sin embargo, no podemos olvidar el riesgo que conlleva este planteamiento de la diferencia ya que puede crear colectivos en riesgo de exclusión

⁸² Lo que se critica no es propiamente el valor de Igualdad, sino el concepto de igualdad jurídica "tal como fue construido por la tradición liberal en los orígenes del Estado moderno. [...] Estas críticas, por lo general, no proponen el abandono o la descalificación del principio de igualdad y del universalismo de los derechos, sino una refundación y una redefinición de uno y otro que no hagan abstracción de la diferencia sexual". FERRAJOLI, L. Traducido por IBÁÑEZ, A. y GREPPI, A. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, págs. 73.

⁸³ Como ha señalado algún autor, el reto que las nuevas sociedades deben perseguir es la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres "pero desde el respeto a las diferencias, teniendo como base que: lo contrario de la igualdad es la desigualdad, no la diferencia [...]" OLMEDO, C. Conferencia Inaugural de las jornadas sobre "El Feminismo ante el nuevo milenio", celebradas durante los días 10, 11 y 12 de julio de 1997 en la Universidad de Cádiz. Actas de Jornadas, pág. 9. En este mismo sentido, se ha pronunciado ALBERTSON FINEMAN, M. cuando destaca la necesidad de partir de la igualdad para llegar a la diferencia, en concreto, señala que "those feminists who now want to move beyond equality and establish affirmative theories of difference recognize that initial adherence to an equality concept was necessary in taking the first steps to change the law and legal institutions. The lesson some of us have learned from the results of the past several decades of equality feminism, however, is that a theory of difference is necessary in order to do more than merely open the doors to institutions designed with men in mind". *op.cit.*, págs. 1-24.

⁸⁴ En parecidos términos se pronuncia SUÁREZ LLANOS, M.L. *op.cit.*, págs. 87 y ss. Donde además se diferencia en el seno del propio feminismo de la diferencia entre: feminismo de la diferencia de base cultural, de base psicológica por sus diferentes personalidades, y de base biológico-sexual.

social. Si creamos categorías estancos, separadas y marginadas unas de otras, pero sin atender como hemos dicho anteriormente a todos los individuos, se pueden llegar a crear situaciones de exclusión entre hombres y mujeres, de ahí que sea preciso y necesario coordinar sus derechos⁸⁵.

De cuanto se acaba de describir puede presumiblemente deducirse la importancia de estos movimientos, y en especial del Feminismo de la Diferencia, aunque también es cierto que lo que se encuentra en la actual sociedad es un mero "residuo" de las teorías igualitarias, que han pretendido y pretenden conseguir la equiparación absoluta de los individuos pertenecientes a los dos sexos en los que se ordena la especie humana⁸⁶. De ahí que se pretenda con este estudio, y en su modesta aportación, el fomento y defensa de los planteamientos del Feminismo de la Diferencia como método de observación a aplicar.

En definitiva, son muchas las propuestas metodológicas y los matices que existen entre unas y otras escuelas o corrientes estudiosas de los métodos de estudio, análisis, etc.. Quizás podría pensarse que el método más adecuado sería la postura ecléctica que recogiera lo que en cada uno de ellos pudiera considerarse en cierta forma acertado.

Sin embargo una primera consideración de la cual se ha partido en este análisis, es aquella que considera que el objeto de análisis determina el método de análisis, que los destinatarios de la norma o institución que pretende ser estudiada determinan asimismo, el método de análisis, que el momento histórico en el cual se lleva a cabo el estudio así como sus antecedentes⁸⁷, determinan el método de análisis, que la formación del estudioso determina el método de análisis, y que el punto al que se pretende llegar con el estudio, a riesgo de parecer reiterativo, ciertamente determina el método de análisis⁸⁸.

⁸⁵ En parecidos términos se pronuncia RUIZ A, cuando señala que "el reconocimiento de la diferencia puede jugar a favor de la inclusión o de la exclusión en el campo de los derechos, y otro tanto sucede con su desconocimiento. La negación, la naturalización o la mención de una diferencia pueden acentuar y justificar la desigualdad real o bien contribuir a superarla". "La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres" en la obra colectiva *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*, op. cit., pág. 26.

⁸⁶ Esto supone que si bien la igualdad es el punto de partida y el eje central de estos planteamientos, aún sin haber conseguido ésta plenamente, debe marcarse una nueva meta, el individualismo, de manera que la vocación de identidad no nos haga caer en el error de olvidar la particularidad. Y esto debe hacerse desde todas las parcelas de la sociedad educación, política, sociología, psicología, antropología, etc.

⁸⁷ VALLET DE GOYTISOLO, J.B. recoge esta idea, en concreto señala "creemos firmemente que las normas del derecho sin su historia no serían sino como hojas desprendidas de su tallo, con las que el viento de las modas jurídicas o políticas jugaría con sus soplos arbitrarios". En *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Editorial Montecorvo. S.A. Madrid, 1982, pág. 885.

⁸⁸ En parecidos términos se pronuncian VALLET DE GOYTISOLO, J.B. *Ibidem.*, pág. 748, y CORREA CARRASCO, M. *Método, Función y Estructura del Derecho Social en España*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid, 2001, pág. 19. Precisamente, Goytisoló destaca que "[...] resulta absurdo todo razonamiento jurídico que se olvida de su finalidad (lo justo), de su objeto (la vida social vista en su totalidad) y de todo lo demás que no sea coherencia intelectual de unos silogismos apoyados en previas abstracciones puramente conceptuales. Cierta que con una visión completa de la realidad y con su valoración con criterios de justicia, es difícil que podamos razonar axiomáticamente y que, muchas veces, tendremos que resolver tópicamente [...] los conflictos que se nos plantean. Por eso, la justicia es representada con una balanza en la mano, sopesando, y no resolviendo ecuaciones en una pizarra.". VALLET DE GOYTISOLO, J.B. op. cit., pág. 746.

Partiendo de todas estas premisas, se procede en los capítulos siguientes a analizar la eficacia de las medidas legales propuestas desde el ámbito internacional y comunitario para fomentar la conciliación de la vida familiar y laboral como parte del objetivo más genérico de conseguir la Igualdad de Género, tomando como base para ello todo el complejo legal existente sobre la materia en estos niveles, y con el fin de obtener dos respuestas básicas.

Primera, si las dificultades existentes para la mujer que quiere trabajar dentro y fuera de casa están obteniendo soluciones válidas desde los diferentes niveles que van a ser estudiados.

Y segunda, si estas respuestas o soluciones se están planteando desde la perspectiva que hemos elegido como la más idónea y, por tanto, se está atendiendo a la diferencia y al individuo, lo que supone también reconocer como destinatarios de las medidas a los hombres que trabajan dentro y fuera del hogar.

CAPÍTULO III:

NUEVOS MODELOS DE FAMILIA Y SITUACIÓN DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO

Nuevos modelos de Familia y situación de la Mujer en el Mercado de Trabajo

3.1. Modelos de familia

Como ya se ha dicho en páginas previas, el objetivo principal de este análisis es estudiar los medios que el ordenamiento comunitario pone a disposición de las familias para que las personas que las integran puedan conciliar su vida familiar y laboral. Para ello, un primer paso debe ser conocer cómo son estas unidades familiares en la actualidad, ya que existen cambios respecto a las décadas pasadas⁸⁹ en las cuales las mujeres incrementaban su presencia en el mercado de trabajo tras la crianza de los hijos.

Sin embargo, hoy el fenómeno realmente se produce a la inversa, se plantea el nacimiento de un hijo una vez conseguida una cierta estabilidad laboral. Las generaciones más jóvenes de mujeres ya no abandonan el mercado de trabajo para dedicarse a las tareas familiares, sino que las posponen hasta el momento en que sienten haber alcanzado, al menos, una mínima meta laboral, relacionada estrechamente esta meta con el grado de seguridad o estabilidad deseado en dicho ámbito.

Esta reflexión nos permite destacar una serie de aspectos básicos de los nuevos modelos de familia, los cuales se caracterizan por los siguientes rasgos:

1. Se han producido transformaciones en el modelo tradicional de familia⁹⁰ en el cual el varón era el sustento económico principal de

⁸⁹ Nos referimos a los años sesenta y siguientes. Esta etapa recibe el nombre, según algunos autores, de etapa de desarrollo. GARRIDO, L. *Las dos biografías de la mujer en España*. MTAS, Instituto de la Mujer, Madrid, 1993, pág. 28 y ss.

⁹⁰ Esta transformación ha sido incluso mayor si analizamos los modelos familiares desde una perspectiva histórica, comenzando por los modelos en los cuales las características principales eran que existía una interrelación entre las diferentes

la misma y la mujer tenía atribuidas las funciones de cuidado de hijos y marido⁹¹. Esta modificación no debe entenderse en términos “de crisis o ruptura [...]”. *Es más bien un proceso lento y dilatado de adaptación de la unidad familiar u hogar a un entorno rápidamente cambiante*”.⁹² Además hoy día la familia ya no se identifica necesariamente con el matrimonio, existiendo una mayor flexibilidad para entender la conformación de un núcleo familiar⁹³. Si esto es así las medidas políticas, económicas, sociales, etc., que se adopten tienen que tener en cuenta esta transformación, de ahí que el Estado de Bienestar a perseguir⁹⁴ no pueda estar fundamentado en el papel que tradicionalmente han asumido hombres y mujeres, el primero como portador del sustento económico, la segunda como

generaciones desde el punto de vista productivo, especialmente en las sociedades campesinas donde el núcleo familiar era muy extenso, hasta el modelo actual donde ese núcleo se centra más en la pareja y los hijos, que son más escasos en número. Por ello la existencia de un sólo salario o fuente de ingresos constituye un elemento esencial para el mantenimiento de estos nuevos modelos de familias. Así lo pone de manifiesto GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M.A. *Familia: maternidad, paternidad*. Ayuntamiento de Alcalá de Henares, 1995, pág. 16 y 17. Asimismo, puede consultarse GARRIDO GÓMEZ, M.I. *La política social de la familia en la Unión Europea*. Dykinson, Madrid, 2000, pág. 28.

⁹¹ Así se ha puesto de manifiesto por la Comisión Europea en el Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres. COM (2004) 115 final. *op. cit.*, pág. 3. Y en el Informe realizado por el Parlamento europeo sobre la Conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129 (INI)) de 23 de febrero de 2004, concretamente la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades. pág. 6. <http://www.pe.es>. 10 de agosto de 2004. Sobre estos informes puede consultarse DE LA VILLA DE LA SERNA, S. “Informe 2004 sobre la igualdad entre hombres y mujeres”. *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*, nº 52, 2004, págs. 221-226.

⁹² Así lo señala GARCÍA DÍEZ, S. *op. cit.*, pág. 139. Aunque algunos autores consideren que “[...] obligadas por la necesidad económica y por el desempleo de sus maridos, muchas mujeres deben abandonar el hogar para desempeñar un trabajo remunerado, dejando a sus hijos pequeños encerrados o solos. Para estas mujeres no hay elección posible: el ayudar al mantenimiento de su familia supone casi siempre descuidarla gravemente desde el punto de vista humano”. AYLWIN DE BARROS, N. “El Análisis de las políticas sociales desde una perspectiva familiar”. En la obra colectiva A.A.VV. *Política de la Familia. Perspectivas jurídicas y de servicios sociales en diferentes países*. Universidad Pontificia Comillas. Centro de coordinación de la investigación de la FIUC, Madrid, 1993, pág. 384. Afortunadamente no todos piensan como esta autora.

⁹³ GARRIDO GÓMEZ, M.I. Define a la familia-tipo de categoría nuclear monogámica como aquella en la que concurren los siguientes elementos: a) convivencia residencial y comunitaria de, normalmente, dos generaciones (parental y filial). Estabilidad y cohesión son principios de los cuales se parte, el compromiso de vivir permanentemente con otra persona da lugar a una unión tanto física como moral. b) Estructura de parentesco que regula obligaciones y derechos relativos al trato entre adultos (cónyuges), jóvenes (hermanos) y entre ambas generaciones (padres e hijos). c) Medio sancionatorio o legitimador de la sexualidad marital, del intercambio de bienes económicos, de la intimidad, de la protección, de la educación y del desarrollo personal. *op.cit.*, pág. 46.

⁹⁴ Con independencia de que se puedan hacer otras clasificaciones, FLAQUER, L. comentando a Esping-Andersen, destaca tres regímenes distintos de Estado de bienestar: el Liberal, “donde la asistencia social es residual y se limita a aquellos casos en la que la familia y/o el mercado son incapaces de resolver el problema, [...]”. *Tanto las transferencias universales como los planes de seguridad social son modestos*. En este modelo el Estado estimula a los servicios privados para que atiendan las necesidades del individuo subvencionando planes privados. El Corporativo, “se trata de un modelo más conservador [...] donde el goce de los derechos sociales está asociado con la clase social y con el estatus laboral y ocupacional.”, existe una gran “influencia de la Iglesia, especialmente la católica, determinada a mantener un reparto tradicional de roles en función de género en el interior del hogar. Al tiempo que este modelo de bienestar fomenta la maternidad, desincentiva asimismo la participación de las mujeres en el mercado de trabajo, en especial cuando sus hijos son pequeños, lo cual las convierte en dependientes de sus maridos, ya que éstos, como cotizantes, son los auténticos titulares de los derechos sociales”. El tercer tipo es el Socialdemócrata que “promueve una igualdad desde arriba y no desde abajo. Uno de los requisitos característicos de este modelo es el pleno empleo, [...] si la financiación del gasto social tiene que provenir básicamente de una fiscalidad progresiva, es preciso que trabaje todo el mundo que pueda con el fin de hacer frente a los enormes gastos del Estado. Todos contribuyen al sistema, todos se benefician de él, pero al mismo tiempo todos dependen de él. [...] El Estado asume la responsabilidad de prestar cuidados a la gente mayor, a los incapacitados y a los menores [...]. Este es el modelo que más estimula la inserción más completa de las mujeres en el mercado de trabajo, inherente al principio del pleno empleo para todos los ciudadanos. Aunque también es cierto que no tiene en cuenta el valor económico, social, etc., del trabajo en el hogar, lo que dificulta esa plena participación, especialmente de las mujeres”. *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Colección de Estudios Sociales. Fundación la Caixa. Barcelona, 2000, pág. 32 a 34.

responsable de los cuidados de la familia, liberando de esta forma al Estado de una importante carga económica⁹⁵.

2. Si comparamos los modelos de familias existentes en Europa, se comprueba como en los países del norte de Europa es más habitual la temprana independencia de los hijos, frente a países como España, Grecia y Portugal donde los hijos abandonan el hogar familiar cuando están preparados profesionalmente o pueden fundar el suyo propio⁹⁶.
3. En muchos Estados europeos como es el caso de España, la protección pública que se ha brindado para atender las responsabilidades familiares ha estado basada en el modelo tradicional de varón sustentador de la familia, y por tanto las escasas medidas aprobadas han tenido como sujeto causante a éste, aunque hayan redundado en beneficio del núcleo familiar. No se ha atendido a otras formas de familia cada vez más presentes en la sociedad donde el hombre no está presente o si lo está es en igualdad con la mujer⁹⁷.

⁹⁵ En el caso de España y como señala GARCÍA DÍEZ, S. “*varios hechos condujeron a la pérdida de relevancia de la política familiar en este país a partir de los años sesenta. Por una parte el rechazo hacia una política familiar, que hasta ese momento se basó casi exclusivamente en medidas pronatalistas y en el fomento del modelo de familia tradicional del varón sustentador. Por otra parte, desde los años sesenta el desarrollo económico reflejado en un fuerte crecimiento de los salarios y los precios fue disminuyendo la importancia relativa de las partidas concedidas a las familias [...]. A principios de los sesenta éstas suponían entre un 60% a un 69% de los sueldos, mientras que en 1975 su relación era menor del 7%. [...] Las prestaciones del Estado hacia la familia continuaron cayendo en la década de los setenta. En 1970 estos gastos suponían un 16,3% de todas las prestaciones sociales, y en 1981 suponían tan sólo un 2,1%. Desde los años noventa se observa de nuevo un renacer de las políticas de protección a la familia al igual que ocurre en el entorno europeo donde se está destinando un volumen creciente de recursos a la familia y a la maternidad. No obstante, se comprueba que en España todavía el gasto público destinado a familias es muy moderado*”. *op.cit.*, pág. 144. Así lo pone de manifiesto también GARRIDO GÓMEZ, M.I. *op.cit.* pág. 27. Por ejemplo, señala GARCÍA DÍEZ, S. que “*las prestaciones sociales para las familias siguen siendo en España muy reducidas en comparación con otros países europeos. [...] De media en Europa se gasta en protección de la familia alrededor de once veces más de lo que se gasta en este mismo capítulo en España [...]*”. *op.cit.*, pág. 157.

⁹⁶ En cualquier caso, y para explicar también este retraso, no podemos olvidar ni la etapa franquista española ni las consecuencias posteriores de dicha etapa en la sociedad española. GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M. A. destaca como el Derecho no debe descuidar “[...] *la vinculación intersubjetiva padre-hijos/as, como si no existiese en precedencia una unión de carne y sangre entre el padre y su progenie, si bien dicha unión no ha estado exenta de profundos sentimientos ambivalentes ni necesariamente haya dado lugar siempre a un vínculo afectivo positivo. [...] En este caso, quizás haya llegado el momento de plantearse en qué modo (a través de sus diversas ramas: derecho de familia, derecho del trabajo...) puede ser un instrumento más de cambio en el estatuto/identidad/función del padre*”. *op.cit.*, pág. 34. Por tanto, y en nuestra opinión no se deben compartir sólo los aspectos más funcionales del rol de hombres y mujeres, sino que también debe la mujer intentar desprenderse y compartir por tanto los aspectos emocionales del rol de mujer y cambiar la posición de los hombres no sólo en cuanto a las tareas domésticas y de cuidado, sino también la vinculación emocional con los hijos. Es importante el cambio de perspectiva de las propias mujeres y la visión sobre la mujer, ya que como señala esta autora antes citada “*la mistificación ideológica que se ha hecho de la maternidad ha llevado a la concepción de que todas las tareas realizadas por las mujeres en la familia, son una prolongación natural de su función maternal, y, por tanto, inherentes al ser mujer y ajenas por completo a consideraciones sociales, políticas y económicas*”. De ahí que no se valore el trabajo doméstico. pág. 40.

⁹⁷ GARRIDO GÓMEZ, M.I. distingue cuatro tipos de familias en función de cómo se articulan las relaciones entre sus miembros. Concretamente, habla de “*la familia nuclear absoluta, en la que las relaciones entre padres e hijos son de tipo liberal y las relaciones entre hermanos de tipo no igualitario, los hijos cuando son adultos crean grupos familiares independientes de sus padres y hermanos; la familia nuclear igualitaria, cuyas relaciones entre padres e hijos son de tipo liberal y las relaciones entre hermanos de tipo igualitario, las relaciones más o menos difusas subsisten hasta la liquidación de la herencia; la familia matriz, con relaciones entre padres e hijos autoritarias y entre hermanos no igualitarias, donde algunos se casan y otros permanecen en el hogar paterno como regla general; y la familia comunitaria, sistema en el cual las relaciones entre padres e hijos son de tipo autoritario y las relaciones entre hermanos de tipo igualitario, donde los hijos pueden casarse y llevar a sus mujeres (debe entenderse pareja) al grupo doméstico*”

Es cierto que en los últimos años y en el seno de algunos Estados se han aprobado normas que pretenden hacer más fácil conjugar la familia y el trabajo, especialmente por la influencia del Derecho Comunitario que vamos a estudiar en este trabajo de investigación, pero aún así los medios resultan insuficientes y además no se están aplicando, desde el punto de vista subjetivo, correctamente a nuestro modo de entender.

4. Además debemos señalar que en términos generales existe un retraso en la edad de contraer matrimonio⁹⁸, un aumento de la tasa de divorcios⁹⁹, y un mayor número de personas que apuestan por vivir solas. Esto también provoca que el orden temporal tradicional de formación de familias se haya alterado, en el sentido de que ya no se produce la emancipación del sujeto necesariamente con el matrimonio seguido de la maternidad, de ahí tales alteraciones.

Todo esto debe relacionarse con las dificultades económicas existentes para que las familias puedan independizarse, es decir, con el precio de la vivienda y del resto de necesidades básicas, y con la forma de cubrir esas necesidades. La escasa diferencia en los costes del alquiler y de la propiedad genera que el comportamiento común en este sentido sea tener la propiedad de la vivienda que se habita¹⁰⁰. Además no podemos olvidar que se han externalizado muchas de esas otras necesidades básicas, como cocinar, lavar, planchar, etc.¹⁰¹

que pertenecen". *op. cit.*, pág. 142. También puede consultarse AA.VV. "Enfoque femenino para explicar el empleo de las mujeres." *Boletín de Información Sociolaboral Internacional* nº 77, 2001, pág. 15-23. IZQUIERDO, M. J. *Sin vuelta de hoja: sexismo, placer y trabajo*. Editorial Bella Terra, Barcelona, 2001.

⁹⁸ Incluso entre los que optan por contraer matrimonio puede diferenciarse varios patrones de conducta o "clases de matrimonios" que no son exclusivos de este momento histórico. Como señala GARRIDO GÓMEZ, M.I. se puede diferenciar "el matrimonio tradicional o institucional que pretende asegurar la supervivencia a través del apoyo de las generaciones, fructificando en la transmisión del patrimonio y la garantía del orden social. El matrimonio alianza que es una flexibilización del tradicional en el que uno no se casa solamente para establecer una familia, engendrar hijos y transmitir un nombre y un patrimonio, sino que adquiere relieve el deseo de ser feliz. La desaparición del amor no desemboca en la separación o divorcio, porque el afecto y el deber tienen un peso semejante. El matrimonio fusión que es el más corriente en la Unión Europea, cuyo cimiento es la solidaridad afectiva. Lo más importante es el amor y todo lo demás queda relegado, de manera que una vez terminado éste no hay razón para seguir juntos [...]". *op. cit.*, pág. 26.

⁹⁹ Y cuando esta situación se produce lo habitual es que sea la mujer la que en caso de existir hijos, asuma la responsabilidad principal en su cuidado y educación, produciéndose un alejamiento en muchas ocasiones entre el padre y los hijos, bien porque la madre ponga obstáculos para las visitas del padre o bien por la propia pasividad de éste. Algunos autores justifican este comportamiento con razones biológicas, por el mayor vínculo entre las madres y los hijos. Entre otros GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M.A. *op. cit.*, pág. 19 y 20. GARRIDO GÓMEZ, M.I. señala que además de las causas aludidas en los casos de divorcio como pueden ser conflicto continuo, agresividad verbal y física, desacuerdo, incompatibilidad de caracteres, pérdida del amor, etc., existen otras causas que responden más al aspecto público del matrimonio como puede ser "el cambio en el sistema de valores sociales, menor presión por parte de los amigos y familiares, etc.". *op. cit.*, pág. 31

¹⁰⁰ Varios estudios señalan que en España alrededor de 80% de los hogares viven en una vivienda de propiedad. Asimismo, GARCÍA DíEZ, S. *op. cit.*, pág. 158. Además puede consultarse *La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España*. Informe del CES. Colección de Estudios. Informe 3/2002.

¹⁰¹ En parecidos términos se pronuncia FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 12.

5. Igualmente hay que destacar la reducción de la tasa de fecundidad provocada por una mayor planificación de los nacimientos¹⁰², el incremento de la efectividad de los métodos anticonceptivos, el cambio en la legislación sobre el aborto, el retraso en el nacimiento del primer hijo, los cuales además nacen en muchas ocasiones fuera del matrimonio¹⁰³, y el incremento de la esperanza de vida con el consiguiente aumento de la demanda de cuidados por parte de las personas mayores¹⁰⁴.

Estos dos últimos aspectos citados hacen que tengamos muchas familias con reducido número de miembros siendo alguno de ellos de avanzada edad. Si el Estado tuviera que responder y cubrir las necesidades tanto de hijos, mayores, incapacitados, etc., entendemos que el gasto público se dispararía¹⁰⁵.

6. Asimismo el reparto de responsabilidades en la pareja, tanto domésticas como extra-domésticas¹⁰⁶, está cambiando respecto a los patrones tradicionales que siempre se han conocido. Ambos miembros de la pareja ahora son fuente de ingresos económicos, se ha empezado a tomar conciencia de la necesidad de extender ese comportamiento igualitario del terreno público al privado de la familia, aunque todavía los resultados no sean todo lo positivo que pudieran o debieran ser.¹⁰⁷
7. Las actividades familiares reclaman tiempo, conocimiento y recursos económicos¹⁰⁸. Y no sólo eso, en la prioridad de las familias se

¹⁰² Como ha señalado algún autor "a medida que decrece la familia, cada hijo adquiere más importancia, se debilita la función de reproducción biológica, pero se refuerza, en cambio, el papel socializante y educador de la madre, que es retenida la responsable última del bienestar y desarrollo físico y mental de los hijos". Esto último va a provocar que sea la madre la que mayores movimientos realice en el mercado de trabajo en cuanto entradas y salidas del mismo. GONZALEZ DE CHAVEZ, M.A. *op. cit.*, pág. 17.

¹⁰³ Así lo resume GARCÍA DÍEZ, S. *op. cit.*, pág. 139.

¹⁰⁴ Sobre las relaciones entre género y envejecimiento puede consultarse ARBER, S y GINN, S. *Relación entre género y envejecimiento*. Ediciones Narcea. Madrid. 1996.

¹⁰⁵ En la Memoria del CES del año 2003 se pone de manifiesto como "[en relación con el gasto social], el gasto en pensiones, que absorbe dos tercios del mismo y un tercio del presupuesto no financiero total, aumenta un 7,1% respecto a 2003 (se está refiriendo a la partida presupuestaria de los Presupuestos Generales del Estado para el año 2004), por encima del PIB nominal, debido a la mejora de las pensiones de viudedad, el aumento de los colectivos desfavorecidos, al efecto sustitución y a la revalorización de las pensiones en función de la inflación esperada [...] En cambio, las pensiones no contributivas aumentan sólo un 3,3% respecto a 2003". Memoria del CES sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2003. Aprobada en el Pleno de 31 de mayo de 2004, pág. 154. (En adelante Memoria del CES relativa al año 2003).

¹⁰⁶ Concretamente, y en relación con Europa se ha señalado que "las diferencias entre la media de horas trabajadas por mujeres y hombres con hijos pone de manifiesto que ellas trabajan 12 horas menos que ellos en la Europa de los Quince y 11 horas menos en la Europa de los Quince más los Estados adherentes". Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres. COM (2004) 115 final, *op. cit.*, pág. 15.

¹⁰⁷ Como señala GARCÍA DÍEZ, S. "La ascensión de la mujer al espacio público se ha encontrado en menor medida equilibrada por la inmersión de los hombres en el espacio privado". *op. cit.*, pág. 141.

¹⁰⁸ Sobre esta materia puede consultarse CARRASCO, C., MAYODORMO M., DOMÍNGUEZ, M. y ALABART, A. *Trabajo con mirada de Mujer*. Colección Estudios del CES. Madrid. 2004.

ha cambiado cantidad de hijos por calidad en el cuidado y servicios que se brindan a los mismos. Todo esto afecta principalmente a las mujeres, ya que el trabajo doméstico de la mujer aumenta a medida que aumenta el tamaño de la familia¹⁰⁹.

El papel que el hombre está asumiendo en relación con este aspecto ha cambiado, aunque tan sólo y de manera principal en el sentido de colaborar en aquellas tareas que se realizan fuera del ámbito puramente privado del hogar y que tienen una extensión externa, como la compra, la llevanza y traída de los niños del colegio, la supervisión y apoyo de las actividades extraescolares de los mismos, las gestiones bancarias y otras similares, lo que supone incluso una especialización de las tareas dentro de la pareja¹¹⁰.

8. Se invierte más en los hijos, tanto en términos económicos, en educación, alimentación o salud, como en tiempo, en la dedicación que se les brinda a los mismos. Tanto es así que incluso se ha alterado el comportamiento típico de otros momentos de la historia en los cuales los hijos, llegados a una determinada edad, abandonaban los estudios para completar con los ingresos obtenidos de su trabajo las retribuciones del varón y padre de familia. Sin embargo, ahora es más común que las mujeres asuman esa responsabilidad y aporten esos otros ingresos para que los hijos puedan continuar sus estudios sin presión laboral añadida, más que por expresos deseos de los mismos¹¹¹.
9. Dentro del colectivo de mujeres, destaca la presencia en el mercado de trabajo de las mujeres casadas, frente a las solteras, divorciadas, separadas y viudas, lo que va a tener su reflejo en la composición

¹⁰⁹ IBÁÑEZ PASCUAL, M. "Construcción de la pareja, individualización y cambio familiar", *Revista de Cultura y Ciencias Sociales*, Abaco. nº 29/30, I pág. 11 y ss. Además puede consultarse AGUINAGA ROUSTAN, J. "Igualdad y vida cotidiana: pero ¿qué quieren las mujeres?" *Cuadernos de las Familias Democráticas* nº 27. 1999, pág. 1-19. AA.VV. "Las mujeres y los hombres concilian trabajo y vida familiar". *Boletín de Información sociolaboral*. nº 8, 2002, pág. 19-31.

¹¹⁰ Sobre este aspecto puede consultarse TORNS T. "Las políticas de tiempo: un reto para las políticas del Estado del Bienestar". En la *Revista Trabajo*. nº 13 de 2004. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, pág. 145-164. En este mismo número destacar LOZARES, C., LÓPEZ ROLDÁN, P. y MARTÍ, J. "La relación entre los tiempos y las actividades del trabajo productivo y reproductivo". Asimismo, puede destacarse a GARCÍA DÍEZ, S. que señala que "la tarea que mayores muestras de cambio ofrece es la de cuidados a niños, sobre todo cuando se trata de parejas de hecho. Esta actividad se podría interpretar como el primer puente hacia una mayor asunción de responsabilidades por parte de los varones en el ámbito doméstico. Los datos observados siguen mostrando, sin embargo, una abrumadora sobrecarga de las mujeres, quienes a pesar de haber incrementado su participación y dedicación en el mercado laboral no terminan de delegar o de compartir más equitativamente el contingente de tareas domésticas con sus parejas. [...] Los todavía bajos salarios femeninos provocan, por otra parte, que la sustitución que en un principio se espera de la actividad doméstica a través de mercados sustitutivos no se efectúe. [...]". *op. cit.*, pág. 190.

¹¹¹ Este último comportamiento se explica desde la perspectiva económica del siguiente modo: ya respecto de los años sesenta se dice que a pesar de la subida salarial de ese momento y por tanto, del incremento de ingresos de las familias, lo que permitía más calidad de vida, tiempo para el ocio, etc., seguía incrementándose la oferta de trabajo por parte de las mujeres, lo que se explica por el efecto renta y el efecto sustitución, es decir, el primero supone que al existir una mayor renta las personas quieren tener más tiempo libre para disfrutar de ella, pero sin embargo, el efecto sustitución supone que al ser más altos los salarios y por tanto la hora de trabajo, "las personas tenderán a trabajar más horas, ya que ahora su tiempo libre en términos del coste de oportunidad se hace más caro", es decir, les resulta más caro dejar de trabajar. GARCÍA DÍEZ, S. *op. cit.*, pág. 41 y 42.

del tejido social que accede al mercado de trabajo en busca de un empleo. En términos económicos sin embargo, las mujeres casadas con hijos disponen de menos recursos económicos que el resto de las mujeres que viven en pareja o están solteras, esencialmente por la necesidad de compartir los recursos económicos de la familia y por la mayor calidad de vida que se le está proporcionando a los hijos, lo que debe ser tenido en cuenta para entender la situación de aquellas familias que, bien por viudedad, separación o divorcio, están dirigidas principalmente por una mujer. Si bien es cierto que esto último puede afectar igualmente a los hombres que son responsables de las familias monoparentales¹¹², al ser normalmente sus salarios superiores -como citamos a lo largo de este estudio como fenómeno socio-laboral-, soportan mejor el cambio de la economía familiar¹¹³.

10. Junto al dato anterior, otros aspectos del empleo femenino que deben ser destacados son la temporalidad, la precariedad¹¹⁴, el hecho de que las mujeres sean titulares en mayor medida del trabajo a tiempo parcial y la diferente remuneración de estas mujeres respecto de los varones. Todo ello no en términos de opción para conciliar su vida familiar y laboral¹¹⁵, sino en términos de imposición por el desarrollo de la oferta de trabajo¹¹⁶.

¹¹² Un estudio sobre este modelo de familia puede encontrarse en FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 134 y ss.

¹¹³ En parecidos términos se pronuncia GARCÍA DÍEZ, S. *op. cit.*, pág. 148 y ss. Esta autora concretamente señala que "los hogares monoparentales encabezados por un varón hacen más uso del que hacen las mujeres de costoso equipamiento doméstico para enfrentarse a las cargas de trabajo doméstico. Mediante la adquisición de equipamiento intentan sustituir en la medida de lo posible la carga de trabajo doméstico, o al menos intentan aligerarla con su ayuda.". pág. 161.

¹¹⁴ Aunque algunas autoras matizan esta realidad en el sentido de considerar que no hay signos de discriminación en la posición laboral actual de las mujeres. "[...] es una cuestión de preferencias que hace que las mujeres opten por responsabilidades domésticas antes que por un trabajo inseguro y mal pagado. Hakim por su parte, incide en la paradoja de que las mujeres muestren altos niveles de satisfacción con sus empleos inseguros y mal pagados. A su entender esto se debe a que ellas otorgan menos importancia a su carrera laboral y más a su carrera doméstica. Desde esta perspectiva los altos niveles de satisfacción con estos "malos" empleos, se convierten en una opción racional (es lo que la autora llama esclavas agradecidas, "grateful slaves")." RAMOS DÍAZ, J. comenta a Becker y Hakim. "¿Son reconciliables amplios niveles de flexibilidad laboral y una amplia protección social?, en *Papers de la Fundació Campalans* nº 138, pág. 12 y ss.

¹¹⁵ Como se ha señalado desde la propia Unión Europea "[...] las mujeres con hijos deben tener la posibilidad de decidir si quieren trabajar o prefieren quedarse en casa.". Informe realizado por el Parlamento europeo sobre la Conciliación de la vida profesional, familiar y privada (2003/2129 (INI)). *op. cit.*, pág. 7. Incluso hay autores como ya se ha señalado que consideran que en estos aspectos no pueden encontrarse restos de discriminación alguna. Señala RAMOS DÍAZ, J comentando palabras de HAKIM, C. que "el siglo XX ha vivido dos grandes revoluciones para la mujer: el desarrollo de métodos anticonceptivos y las políticas de igualdad de oportunidades. Estas revoluciones han permitido a las mujeres elegir sobre su acceso al mercado de trabajo. Sin embargo, las preferencias femeninas divergen respecto a la prioridad que se da a la familia o a la carrera laboral. Lo que Hakim define como "home centred women" o "full-time homemakers" hace referencia al grupo de mujeres que dan prioridad al cuidado de hijos y familia. Las "Work-centred women" o "full-time career centred women" priorizan su carrera profesional. Finalmente están las "adaptive women" que prefieren hacer compatible empleo y familia, sin priorizar ninguna por encima de la otra. De los tres grupos el tercero es el más numeroso, y por tanto, el predominio de mujeres con empleos atípicos, principalmente a tiempo parcial, no debe ser considerada una forma de discriminación, sino una opción libremente escogida por quienes prefieren hacer compatible labores de hogar y empleo". "Empleo precario en España" en la obra colectiva NAVARRO, V. *El Estado de Bienestar en España*. Tecnos 2004.

¹¹⁶ Señala GARCÍA DÍEZ, S. que "el trabajo realizado por las mujeres, por una parte, aligera considerablemente las cargas del Estado y del sistema de Seguridad Social, y por otra parte debido a su condición más precaria, frecuentemente se realiza en términos esporádicos en el sector informal de la economía, sin cotizar regularmente lo que lleva a condiciones de cobertura mínimas durante el período de retiro". *op. cit.*, pág. 142.

11. Finalmente señalar como la familia supone un respaldo para los individuos ante la flexibilidad, inestabilidad y competitividad de los mercados de trabajo¹¹⁷. A pesar de la mayor independencia de hombres y mujeres, la cercanía de los miembros de las familias es importante, especialmente entre hijos y padres, ya que estos últimos se han convertido en un “ejército de reserva” que proporciona cuidados a los nietos, especialmente en cuanto a su vigilancia durante periodos de tiempo a la semana.

Una vez presentados en términos generales cuales son los rasgos principales de las familias en Europa, y sin perjuicio de que debamos reconocer que en algunos Estados miembros la situación se encuentra más desarrollada en términos de mayor atención a las responsabilidades familiares¹¹⁸, procede a continuación presentar las características principales de la posición de la mujer en el mercado de trabajo, de manera que partiendo del modelo de familia que predomina en las sociedades europeas y de la posición que la mujer ocupa en el mercado laboral, podamos comprobar si las medidas comunitarias ofrecidas hasta la fecha pueden ser eficaces para conseguir el equilibrio entre estos dos ámbitos, que insistimos no son exclusivos de las mujeres aunque en el diseño de muchas de esas medidas se considere lo contrario.

¹¹⁷ Esta flexibilidad que demandan los mercados junto con la necesidad de contención del gasto social que realizan los Estados miembros es lo que justifica que muchos de estos Estados ofrezcan a sus ciudadanos limitadas prestaciones sociales, en el caso que analizamos para proteger las responsabilidades familiares de los trabajadores, ya que sólo de esta forma se conseguirían lograr los criterios de convergencia económica y fiscal de Maastricht, y reducir así los costes laborales para aproximar las economías de los Estados, especialmente entre aquellos que resultan más competitivos. RODRÍGUEZ CABRERO, G. *op. cit.*, pág. 14. Este mismo autor señala como a partir de los años ochenta “se ha producido una cierta convergencia en lo referente a los niveles de gasto social dentro de la Comunidad, de forma que mientras los países del sur (Italia, España, Grecia y Portugal) han incrementado notablemente su porcentaje del gasto social sobre el PIB, el resto de países lo han contenido o estabilizado”. pág. 16.

¹¹⁸ Sobre esta materia puede consultarse *Informe RANDSTAD. Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince: Las Políticas de Conciliación*. Elaborado por el Instituto de Estudios Laborales (IEL) ESADE-Randstad. (En adelante Informe Randstad). Esto además debe relacionarse con la necesaria existencia en esos países de un tejido institucional que defienda los intereses de las familias y proporcione garantías para su protección, ya que no basta con reconocer la necesidad y declararla públicamente, es preciso protegerla de forma eficaz. En relación con este aspecto FLAQUER, L. señala la diferencia existente entre diversos países europeos, así mientras que en España no existe tal aparato institucional que de forma permanente trabaje sobre la materia con independencia del Partido Político en el poder, sino que es el Gobierno de turno el que decide como actuar al respecto, en Francia, por ejemplo, existe una fuerte institucionalización al respecto, mediante asociaciones y federaciones familiares, incluso existe una “Unión Nacional de Asociaciones Familiares (Unión nationale des associations familiales, UNAF)”, que además de representar los intereses de las familias francesas gestiona gran parte de los servicios públicos existentes al respecto. Otros órganos son el Alto Consejo de la Población y de la Familia, presidido por el Presidente de la República, integrado por expertos en la materia cuya principal función es aconsejar al Presidente de la República y al Gobierno en la materia. Todo esto va acompañado de una mayor inversión pública en los aspectos relacionados con la familia. *op. cit.*, pág. 15 a 17.

3.2. Situación de la mujer en el mercado de trabajo

En este epígrafe se pretende aportar los rasgos esenciales de esta situación de la mujer en el mercado de trabajo pero en términos generales, es decir, partimos de la base de las diferencias que existen en los Estados miembros respecto a este aspecto, fundamentalmente relacionadas con la economía del país y con el sistema de protección social adoptado en los mismos, lo que provoca importantes disparidades en la protección que se brinda por los poderes públicos para atender las responsabilidades familiares. Sin embargo, a pesar de esta evidencia existen también elementos comunes en el mercado laboral europeo que nos permitirán analizar, con un mayor rigor, la eficacia de las medidas comunitarias que en torno a las cuatro políticas seleccionadas en nuestro estudio, han sido aprobadas para posibilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales.

Si conocemos la situación real dentro y fuera de la familia y analizamos las herramientas facilitadas para su compatibilidad, con mayor precisión podremos concluir sobre la idoneidad o no del método y la perspectiva utilizada para el diseño de estas herramientas de protección.

Para ello y desde un punto de vista demográfico podemos decir que en la actual Unión Europea la tasa de fertilidad es inferior a la necesaria para garantizar el relevo generacional. Esta última se sitúa en 2,1 hijos por mujer, mientras que en muchos Estados miembros la mencionada tasa se encuentra por debajo de 1,5 hijos por mujer. Este resultado se debe a la decisión individual de los europeos, pero también al hecho de que los mismos no tienen los hijos realmente deseados, las familias europeas no tienen el entorno idóneo para criar más hijos, por ello la Unión debería invertir en políticas públicas que permitieran a las mujeres y los hombres compatibilizar su vida familiar y su vida profesional.

Según datos proporcionados por la Comisión europea *“las cifras son reveladoras: hasta 2025, la población de la Unión Europea crecerá escasamente gracias a la aportación de la inmigración, para luego empezar a disminuir: 458 millones de habitantes en 2005, 469,5 millones en 2025 (+ 2 %), y 468,7 millones en 2030”*¹¹⁹.

Para reducir estos efectos y aumentar la natalidad, además de medidas dirigidas expresamente al colectivo femenino, es necesario adoptar políticas cuyo objetivo sea fomentar la participación de determinados grupos en el mercado de trabajo, jóvenes y mujeres especialmente, y además posibilitar igualmente una participación igualitaria entre hombres y mujeres en la familia, ya que en caso contrario no se podrá cubrir el coste social de las medidas que se aprueben.

¹¹⁹ Libro Verde de la Comisión “Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones”. Bruselas, 16 marzo de 2005. COM (2005) 94 final, pág. 5.

A pesar de lo dicho en el párrafo anterior, debemos reconocer que estas transformaciones se dificultan por el hecho de que las cuestiones relacionadas con los cambios demográficos son competencia exclusiva de los Estados miembros, y forman parte además de la esfera de decisión individual de todo sujeto, los cuales encuentran una serie de barreras externas como son el tardío o inestable acceso al empleo, la carencia de vivienda, la ausencia o escases de subsidios que incentiven los nacimientos, la misma ausencia de permisos parentales adecuados, de ofertas de servicios para cuidado de niños y otras personas dependientes, la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres, etc. La regulación de estos elementos y su control puede ejercer una influencia positiva tanto en la natalidad como en el crecimiento del empleo, en particular de las mujeres, además de ser necesaria una mayor conciencia de cambio por los propios hombres¹²⁰.

Por tanto, la conclusión a la que se llega tras la lectura de estos datos es que la fecundidad de los europeos ya no garantiza el reemplazo generacional, de ahí que sea necesaria una intervención pública en el seno de la familia para paliar los efectos de la imposibilidad de aumentar la tasa de fecundidad, al margen por supuesto como hemos dicho de las decisiones individuales de hombres y mujeres respecto al hecho de aumentar el número de hijos que tienen, lo cual está íntimamente ligado con la economía de las familias y de los propios países europeos, ya que si existe una buena situación económica mayor podrá ser el gasto público dirigido a esas familias.

Para completar lo dicho hasta ahora podemos destacar como en Europa la situación económica y social ha variado en los últimos años, así el año 2003 fue un año de resultados económicos "decepcionantes"¹²¹ si los comparamos con otras economías como la estadounidense, especialmente por el estancamiento de las economías de dos de los grandes Estados miembros como son Alemania y Francia¹²², y aunque se espera una recuperación de estas economías la misma será lenta como se ha puesto de manifiesto desde diferentes instancias¹²³.

¹²⁰ Según señala la Comisión europea "[...] el 84 % de los hombres entrevistados por la encuesta «Eurobarómetro» en 2004 declaraba no haber tomado un permiso parental o no tener la intención de hacerlo, a pesar de estar informados de su derecho". Libro Verde de la Comisión "Frente a los cambios demográficos, una nueva solidaridad entre generaciones". COM (2005) 94 final, *op. cit.*, pág. 7.

¹²¹ Palabras recogidas en la Memoria del CES relativa al año 2003. *op. cit.*, pág. 5. Según los datos proporcionados en este informe a penas creció un 0,8%.

¹²² La recuperación de las economías de estos países es esencial para que el resto de la Unión Europea registre mayores crecimientos. Alemania registró un retroceso de su PIB del 0,1%, y Francia sólo aumentó un 0,2%, frente a España que creció en su PIB un 2,4%, siendo el objetivo genérico de la UE el 2,3%. Memoria del CES relativa al año 2003. *op. cit.*, pág. 40.

¹²³ Las previsiones son del 2% para el año 2004 y del 2,4% para el año 2005. Esto contrasta con las economías de los nuevos países miembros de la UE, en los cuales el ritmo de crecimiento está siendo superior que en los países ya miembros. Los datos pueden consultarse en Memoria del CES relativa al año 2003. *op. cit.*, pág. 54 y ss. Esta ampliación además va a tener repercusiones en el futuro de los Fondos Estructurales, ya que los niveles de desarrollo relativamente bajos de estos países van a exigir una mayor inversión en los mismos, aunque como se pone de manifiesto en esta memoria "la redistribución de los fondos debería llevarse a cabo de forma equilibrada y articulando periodos transitorios para evitar que las ayudas a los nuevos territorios supongan una merma en las ayudas que reciben las zonas menos desarrolladas de la actual Unión Europea". pág. 61.

Precisamente como consecuencia de esos resultados económicos poco halagüeños, la tasa de empleo global en Europa se ha estancado en un 63% (concretamente para la mujeres en un 55%), lo que supone que la consecución del objetivo del 70 % para el año 2010 fijado en la Cumbre de Lisboa, se ha convertido en un reto cada vez más difícil de alcanzar. En consonancia con esto, el avance hacia el objetivo de una tasa de empleo femenino del 60% se ha ralentizado en los dos últimos años. De manera que tras un período de crecimiento económico favorable entre 1997 y 2001, asistimos a un momento donde las condiciones económicas para el avance son poco favorables, y esa desaceleración económica ha tenido su reflejo en el mercado de trabajo frenando los avances hacia la consecución de los objetivos de la Unión Europea en materia de empleo¹²⁴.

Si analizamos el mercado de trabajo europeo desde la perspectiva de género y desagregamos los datos por sexo podemos señalar varias ideas. En primer lugar, el desequilibrio en las tasas de empleo y desempleo de hombres y mujeres que aunque se ha reducido en los últimos años continua con diferencias que siguen siendo notables. Según los últimos datos proporcionados por el Euroíndice laboral elaborado por IESE- IRCO y ADECCO, referidos sólo a siete Estados miembros pero que representan la tendencia del resto de Europa¹²⁵, en el primer trimestre del año 2005, se han creado 1,2 millones de puestos de trabajo nuevos.

Si esto los relacionamos con el empleo de las mujeres, podemos decir que hace cinco años que las mujeres ocupan la mayoría de los nuevos empleos que se crean en Europa, lo que provoca que la tasa de desempleo femenino descienda más que la masculina (0,3% y 0,2% respectivamente), aunque en términos globales finales la tasa de desempleo masculina sea más baja situándose en el 8,4% frente a la femenina que se encuentra alrededor del 10,3%, siendo ésta la tendencia que se espera para los próximos meses¹²⁶.

En segundo lugar y desde la perspectiva de género, debemos destacar que existen diferencias entre las propias mujeres en cuanto al volumen de empleo que ocupan, por ejemplo, en función de la edad, alcanzándose el porcentaje más alto de trabajadoras en la franja que va de los 25 a los 49 años de edad, franja en la que además es conveniente que se produzcan los nacimientos de los hijos en caso de querer tenerlos. A esto debe añadirse las diferencias en la tasa de actividad de las mujeres con hijos, precisamente en función de la edad de éstos, encontrándose la tasa de actividad más elevada en las mujeres sin hijos (un 72%), seguida de la de mujeres con hijos en edad escolar (65%) y, por último, las mujeres con hijos en edad preescolar (59%).

¹²⁴ Sobre la situación del empleo femenino en Europa también puede consultarse NAVARRO ELOA *et al.* "Acciones europeas para la inserción laboral de las mujeres". *Noticias de la Unión Europea*, nº 168, 1999, pág. 65-73.

¹²⁵ Concretamente los datos se refieren a Alemania, Francia, Reino Unido, España, Italia, Portugal y Polonia.

¹²⁶ Las diferencias más acentuadas, por encima de 20 puntos porcentuales se observan en Grecia, España, Italia, Luxemburgo e Irlanda y las menos importantes en Suecia, Finlandia y Dinamarca.

Otro caso particular es la situación de las mujeres solas con hijos que representan en toda Europa las tasas más altas de actividad femenina, a excepción de los Países Bajos y el Reino Unido, países en los que sin embargo los servicios de guardería están por debajo de la media de la Unión¹²⁷.

Continuando con los aspectos de la edad del trabajador y la actividad o no de estos, debemos destacar en tercer lugar, las causas y el momento en el cual hombres y mujeres están inactivos, se observan también diferencias significativas en este aspecto. Así mientras que los hombres suelen acceder a esta situación por necesidades de formación o del propio mercado como puede ser la necesidad de amortización de puestos de trabajo por la vía de la jubilación anticipada¹²⁸, con la consiguiente renta de sustitución, en el caso de las mujeres se produce de forma diferente. De hecho, para las mujeres la inactividad se produce mayoritariamente en un momento diferente, a una edad más temprana, cuando intentan acceder o mantenerse en el mercado de trabajo tras un período de ausencia, por ejemplo, por maternidad u otra causa familiar y que normalmente no va acompañada de una renta de sustitución¹²⁹.

En cuarto lugar y desde el punto de vista de la modalidad contractual, sin perjuicio de destacar la alta tasa de temporalidad existente en muchos Estados miembros, debemos poner de manifiesto la utilización del contrato a tiempo parcial principalmente por las mujeres, así el 80% del trabajo a tiempo parcial de la Unión lo desempeñan mujeres, aunque en algunos Estados como España las cifras son ligeramente inferiores, además son en la mayoría de los casos contratos temporales aunque no tenga que ser así por existir la alternativa del contrato a tiempo parcial indefinido¹³⁰.

¹²⁷ En parecidos términos se pronuncia FERRARI, I. "Políticas de cuidado a personas en la Unión Europea para facilitar la conciliación entre la vida laboral y familiar", en *La natalidad en España: situación y estrategias socioeconómicas*. Ministerio de la Presidencia, Madrid, 2003, pág. 175 y ss.

¹²⁸ Sin olvidar que en los últimos tiempos desde la Unión Europea se recomienda retrasar el momento de salida del mercado de trabajo y aumentar la edad de jubilación para reducir la carga económica en los sistemas de protección social.

¹²⁹ De forma más amplia se expresa GARCÍA DÍEZ, S. *op. cit.*, pág. 186 y ss.

¹³⁰ Según datos del Euroíndice laboral elaborado por IESE-IRCO y ADECCO "tomando los datos agregados de los siete países, se observan pocos cambios en la participación del empleo a tiempo parcial. Tanto a finales de 2003 como de 2004, los trabajadores a tiempo parcial representaban el 16,4% del total de personas ocupadas. La preferencia de la mujer por la alternativa del trabajo a tiempo parcial tampoco observó modificaciones relevantes: un 30% de las mujeres ocupadas lo hace a media jornada, en tanto que casi el 80% del total de ocupados a tiempo parcial son mujeres". Aunque son datos relativos al año 1996, son significativos. FLAQUER, L. señala que "[...] los países en que las mujeres trabajan menos a tiempo parcial son los mediterráneos, con la notable excepción de Finlandia; aquellos en que trabajan más son Alemania, Dinamarca, Suecia, el Reino Unido y sobre todo Holanda [...]". Concretamente señala las siguientes cantidades del total de mujeres empleadas, "en Grecia el 9% trabaja a tiempo parcial, España el 17%, Italia el 12.7%, Portugal el 13%, Finlandia el 15.6%, Luxemburgo el 18.4%, frente a países como Holanda con el 68.3% de trabajo a tiempo parcial de mujeres, Reino Unido con el 44.8%, o Suecia con el 39.7%. Aunque en el caso de Holanda hay que señalar que este tipo de contrato de trabajo ha sido ampliamente utilizado tanto para mujeres como para hombres, aunque en mayor medida para las primeras". La razón como apunta este autor es que en dicho país "el empleo a tiempo parcial está sometido a regulaciones parecidas a las del trabajo a tiempo completo, de tal forma que los trabajadores a tiempo parcial disfrutan del mismo salario básico y gozan de la misma protección contra el despido, [...] tienen los mismos derechos proporcionales a gratificaciones, pagas por antigüedad, vacaciones, pagas por vacaciones y prestaciones de la seguridad social. Sin embargo, la igualdad salarial es una cuestión que no está resuelta del todo y muchas trabajadoras no están cubiertas por los fondos de pensiones de las empresas". *op. cit.*, pág. 103 y 104.

En quinto lugar y en cuanto a la formación y cualificación de los trabajadores, se observan muchas diferencias en los distintos Estados miembros desde la perspectiva de género, así las disparidades entre los hombres y mujeres altamente cualificados son mucho menores en los países escandinavos y Portugal que en el resto de la Unión Europea. Por otro lado, hay que señalar que los trabajadores más cualificados son los que participan con mayor frecuencia en programas de formación. El 68% de las personas cualificadas ya trabajan en empresas que imparten formación mientras que sólo el 34% de los trabajadores no cualificados acceden a ella.

En sexto lugar, queremos destacar como en todos los países de la Unión se reconoce unánimemente que la diferencia de retribución entre ambos sexos constituye un problema grave, pero son pocas las medidas que se adoptan en este sentido, a pesar de las garantías legales comunitarias y nacionales¹³¹.

En séptimo lugar y desde el punto de vista de las responsabilidades familiares se considera que la conciliación de la vida profesional y de la vida privada es de gran interés, pero sin embargo no se atiende adecuadamente a la distribución equitativa de las responsabilidades entre el hombre y la mujer. Por ello, la mayor parte de las tareas del hogar y el cuidado de personas dependientes, hijos, padres u otros familiares, recaen mayoritariamente sobre las mujeres.

De manera que se sigue constatando que para un elevado número de mujeres, el hecho de ocuparse de personas que necesitan atención constituye un gran obstáculo para trabajar fuera del hogar. A lo que hay que añadir que las iniciativas adoptadas por los Estados miembros son desiguales y consisten generalmente en medidas de carácter y acceso limitado para hombres y mujeres, este es el caso de las ayudas puntuales por nacimiento de un hijo. Podemos decir que este tipo de intervenciones no han tenido efectos visibles en el sentido de liberar a las mujeres de las cargas familiares y aumentar de esta forma su participación laboral¹³².

Por todo lo expuesto en este epígrafe, podemos concluir que son insuficientes los esfuerzos realizados por los Estados miembros para reducir las

¹³¹ Según datos del Euroíndice laboral elaborado por IESE-IRCO y ADECCO "en el cuatrienio 2000-2004, el salario medio real promedio de la UE se incrementó un 1% cada año, en los últimos dos años, 2002-2004, sólo lo hizo 0,8%. Resulta interesante señalar las diferencias que existen entre el salario medio cobrado por los varones y las mujeres. Los varones cobran, en promedio, un 15% más que las mujeres. No se percibe correlación entre la evolución del salario real medio y el aumento o disminución del diferencial salarial entre sexos. Por ejemplo, si miramos los datos de Reino Unido, el mayor salario real (que, como se dijo, subió 10,9% entre 2000 y 2004) fue acompañado por una mayor desigualdad salarial (mientras en 2000 los varones cobraban un 21% más que las mujeres, en 2003 la diferencia se había ampliado al 22%)". *op. cit.*, pág. 7.

¹³² Un repaso a todos estos aspectos puede encontrarse en EYDOUX, A. "Different forms of work" en AA.VV. *Women and work: Report on existing research in the European Union*. European Commission. Septiembre de 1997, págs. 71 a 87. VINA, Y. P. "From informal flexibility the new organization of time", en AA.VV. *Women of the European Union. The politics of work and daily life*. Editorial Routledge. London and New York, 1996, págs. 32 y ss. BALBO, L. *Making a European Quilt. Doing Gender in the European Social Sciences*. European University Institute. Florencia, Abril 2004, págs. 1-14. AA.VV. "Empleo femenino, natalidad y labores maternales: comparación europea". *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*, nº 75, 2001, pág. 55-59.

diferencias, en cuanto responsabilidades domésticas y extradomésticas, de hombres y mujeres especialmente si analizamos su reflejo en los niveles de empleo y desempleo¹³³.

En resumen, existe más desempleo femenino en términos porcentuales pero la brecha entre empleo femenino y masculino es cada vez menor. Las mujeres son las principales afectadas por las diferencias salariales no justificadas objetivamente que aun hoy persisten en los mercados. Asimismo son las principales titulares de los contratos a tiempo parcial que se realizan en el mercado de trabajo¹³⁴; e igualmente se ven más afectadas por la elevada contratación temporal que existe en estos mercados, particularmente en el sector servicios donde la presencia femenina es importante, aunque no podemos olvidar las ayudas económicas concedidas por algunos Gobiernos para la realización de contratos indefinidos, especialmente tras ausencias del mercado de trabajo motivadas por cuidados de hijos y otros familiares¹³⁵.

Con estos antecedentes, que no afectan a la mujer trabajadora de forma exclusiva pero sí principalmente, se procede en los capítulos siguientes a analizar la eficacia de las medidas legales que sobre esta materia ha propuesto la Unión Europea en cuanto organización cuya actividad normativa es vinculante para los Estados miembros. Recordamos además que esas medidas que van a ser estudiadas forman parte de alguna de las políticas que hemos seleccionado para nuestro análisis¹³⁶, en el que tomaremos como base, por ser un análisis jurídico, todo el complejo legal y jurisprudencial existente sobre la materia no sólo

¹³³ Para profundizar en estos aspectos puede consultarse LÓPEZ HERNÁNDEZ, M.T. "La mujer y el mundo del trabajo", en la obra colectiva *Desigualdad Social y relaciones de trabajo*. Universidad de Salamanca. 2004. págs. 117-128. GARCÍA PÉREZ, M.C. "El papel cuidador de la mujer a mayores y niños", en FLECHA ANDRÉS, J.R. y GARCÍA NICOLÁS, C. *op. cit.*, pág. 117-140. BALLARÍN, P., EULER, C., LE FEUVRE, N. y RAEVAARA, E. *Las mujeres en la Unión Europea*. <http://www.singenerodedudas.com/publicaciones.php> de 5 de septiembre de 2005.

¹³⁴ Según la OIT en un Informe realizado sobre el empleo femenino a la pregunta de por qué trabajan a tiempo parcial, hombres y mujeres no responde de la misma forma, ellos alegan más causas relacionadas con los estudios y la formación (23,6% frente al 7,6% de las mujeres), mientras que ellas lo utilizan más por razones relacionadas con el cuidado a terceros (31,5% en ellas y 4,2% en ellos). Informe elaborado para la 49ª sesión de la Comisión sobre la Condición de la Mujer celebrada en Nueva York en los meses de febrero y marzo de 2005. <http://www.ilo.org>. pág. 7 y 8.

¹³⁵ Todos estos datos han sido obtenidos de la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre el Proyecto de Informe conjunto sobre el empleo 2004/2005 de 27 de enero de 2005. COM (2005) 13 final, y de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la Mejora la mejora de la calidad del empleo: examen de los progresos recientes, de 26 de noviembre de 2003. COM (2003) 728 final. También a nivel internacional pueden consultarse los datos proporcionados por la OIT en el Informe elaborado para la 49ª sesión de la Comisión sobre la Condición de la Mujer celebrada en Nueva York. *op. cit.*, pág. 5 y ss. <http://www.ilo.org>.

¹³⁶ En toda esta materia no sólo la Unión europea y los Estados están teniendo un papel protagonista. También los empresarios, especialmente las grandes empresas, están apostando por facilitar a sus empleados la conciliación de los aspectos públicos y privados, de hecho estamos asistiendo a un momento en el cual la negociación colectiva tiene una gran importancia en el reconocimiento de aspectos como los servicios de guardería en los centros de trabajo, ayudas sociales para estudios, pago de colegios y guarderías, ayudas sanitarias, planes de pensiones que proporcionen unos ingresos extraordinarios al final de la vida del trabajador, la responsabilidad social de gran actualidad en estos momentos Como señala FLAQUER, L. "la importancia de la contribución gratuita de las mujeres al bienestar familiar se ha ido haciendo más visible a medida que su participación en el mercado de trabajo ha obligado a ampliar, en la mayoría de los países, la red de servicios para los niños y otras personas dependientes, además de los servicios de salud que han proporcionado ocupación remunerada a la mano de obra femenina. También algunas empresas han comenzado a reconocer los efectos beneficiosos de las medidas de apoyo a las familias sobre las tasas de absentismo de las mujeres trabajadoras". *op. cit.*, pág. 31.

a nivel comunitario, sino también en el plano internacional que será el analizado inmediatamente a continuación¹³⁷.

Si esta es la fotografía o instantánea de la situación de la mujer en Europa, analizada desde un punto de vista económico, se trata a continuación de analizar de qué forma se está proporcionando soluciones a dicha situación, y sobre todo cuál es la perspectiva de fondo que está inspirando la intervención comunitaria, es decir, si se está haciendo desde los postulados tradicionales de la protección de la igualdad, en el sentido de la segunda postura defendida por los movimientos feministas ya citados; o si por el contrario el Feminismo de la Diferencia está teniendo alguna influencia en la forma de configurar los instrumentos normativos que protegen esta realidad. Este último es el fin perseguido por nuestra investigación y por tanto, el eje central del análisis que comenzamos.

¹³⁷ Para entender correctamente esta materia debemos partir de un hecho cierto, y es que la masiva incorporación de las mujeres al mercado de trabajo no se ha producido en todos los países de la Unión Europea en el mismo momento histórico, de ahí que también las Políticas de Igualdad de trato sean diferentes de unos Estados a otros. Como señala FLAQUER. L. "desde principios de los años sesenta, las diferencias entre las tasas de actividad femeninas y masculinas han ido disminuyendo en el interior de cada país, pero al mismo tiempo han aumentado las distancias entre países. En 1993, Dinamarca, Finlandia y Suecia eran los países con la mayor actividad económica de las mujeres de 25 a 49 años con unas tasas de un 88%, 84% y 87%, respectivamente. Seguían Francia, Portugal y el Reino Unido. En cambio, Irlanda, España, Italia y Grecia presentaban las tasas de actividad femenina más débiles con un 54%, 55%, 56% y 56%, respectivamente." *op. cit.*, pág. 83.

CAPÍTULO IV:

PRINCIPALES NORMAS INTERNACIONALES QUE SE OCUPAN DEL TRABAJO DE LA MUJER

Principales normas internacionales que se ocupan del trabajo de la mujer

4.1. Introducción

Partiendo de las apreciaciones realizadas en el capítulo anterior sobre la situación del empleo femenino en Europa, interesa en este momento iniciar el estudio del Derecho Internacional aplicable a la materia objeto de nuestra investigación. En concreto, nos interesa el examen de aquellas normas que, de forma directa o indirecta, contienen alguna previsión relativa a alguna de las cuatro políticas que hemos diseñado como objetivo de nuestro estudio.

El propósito que nos planteamos en este capítulo es comprobar si existen, en el Derecho Internacional, previsiones legales que puedan considerarse complementarias de las normas comunitarias que vamos a analizar en los capítulos siguientes, las cuales constituyen la materia central de análisis, ya se refiera esta complementariedad a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, a la salud laboral de éstas en cuanto protección de la maternidad, al empleo femenino en términos estrictos, o a los tiempos de trabajo y atención a la familia.

No podemos perder de vista la diferente forma de influir en los ordenamientos nacionales que poseen las normas internacionales y las comunitarias, las primeras sometidas continuamente a la necesidad de ratificación, las segundas de cumplimiento obligatorio por parte de los Estados miembros de la Unión Europea una vez que forman parte de esta organización, y sin necesidad de ratificar cada norma aunque todas deban respetar la soberanía de los Estados.

4.2. Igualdad de Trato como Derecho Fundamental en el orden internacional

En este epígrafe vamos a analizar en un primer momento las normas internacionales aprobadas desde la perspectiva de los Derechos Humanos y que se refieren a la igualdad entre hombres y mujeres, para pasar a continuación al examen propiamente dicho de las cuatro políticas que nos interesan y que son el eje central de nuestro estudio. A pesar de esto nos parecía oportuno alguna referencia al ámbito de los Derechos Fundamentales, lo que también vamos a reproducir cuando analicemos esta materia en el ámbito del Derecho Comunitario.

La razón por la cual se ha incorporado este previo examen es porque consideramos que las actuales normas jurídicas protectoras de la igualdad desde el punto de vista de los Derechos Humanos, han influido aunque no todo lo que hubiera sido deseable, en las normas de desarrollo y protección de ese derecho a la igualdad en el ámbito del ordenamiento laboral, y no sólo porque la propia estructura de los ordenamientos así lo exige, sino porque las previsiones que se contienen en este tipo de normas han descendido, pero en muy pocas ocasiones, al terreno de las relaciones entre empresarios y trabajadores.

Desde la perspectiva de los Derechos Humanos, debemos destacar una serie de documentos internacionales que se ocupan de las cuestiones objeto de investigación en este trabajo. Es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer firmado en Nueva York en 1979.

Además debemos destacar la actuación llevada a cabo por la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer¹³⁸, órgano integrado en el entramado institucional de las Naciones Unidas, que persigue mediante la elaboración de planes estratégicos la realización del principio de Igualdad de Oportunidades, en cuanto igualdad que excede del reconocimiento formal que se realiza en los principales textos normativos internacionales.

La principal característica de estos documentos que citamos es el escaso tratamiento que se realiza de la materia que estamos analizando, ejemplo de ello son las declaraciones de tipo genérico que se contienen en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹³⁹, en el sentido de proclamar la

¹³⁸ Creada en 1946.

¹³⁹ Adoptada y proclamada por la 183ª Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. La principal característica de esta Declaración es su carácter no obligatorio. Su funcionalidad es completar la Carta de las Naciones Unidas, que pese a proclamar la existencia de unos Derechos Humanos Fundamentales a escala internacional, no enuncia cuáles son estos derechos. Además, el interés de este documento internacional radica, por un lado, en el establecimiento de las bases para la posterior consagración, con carácter obligatorio, de la protección de los Derechos Humanos y, por otro lado, en la exaltación de la idea de que esta protección no es una cuestión exclusivamente interna de los Estados miembros, sino que exige una regulación a escala internacional que no sólo proclame estos derechos sino que establezca un sistema adecuado de garantías para los mismos. Sobre esta materia podemos consultar entre otros los siguientes autores PECE-SBARBA MARTINEZ, G. *op. cit.*, pág. 282. Sobre esta materia también puede consultarse

igualdad de trato de los seres humanos¹⁴⁰, dejando a los Estados Partes el establecimiento de un sistema adecuado de garantías y de protección de los mismos. Además, parece que la mujer, al igual que el hombre, tiene derecho al trabajo “en condiciones equitativas y satisfactorias”, lo que incluye la igualdad salarial que se cita de forma expresa en este documento internacional¹⁴¹. Ésta última declaración supone una excepción a esa escases de contenido antes mencionado.

En cuanto a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, parte del reconocimiento de la igualdad entre hombres y mujeres en “*el goce de todos los derechos económicos, sociales, culturales, civiles y políticos*”¹⁴². Esta previsión se completa con la declaración del papel de la mujer en la sociedad, la importancia social de la maternidad y la responsabilidad de los padres, en plural, respecto al cuidado y educación de los hijos.¹⁴³

Pero todas estas manifestaciones se realizan en términos de una declaración de voluntad cuya traducción práctica se deja a los Estados partes, los cuales podrán adoptar, entre otras, medidas de acción positiva que permitan acelerar la igualdad de facto entre ambos colectivos, especialmente en el ámbito del

SOMMERMANN, K. “El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948”, en PÉREZ LUÑO, A.E. *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*. Marcial Pons, Madrid. 1996. STAFF WILSON, M. que en el artículo “Mujer y Derechos Humanos”, *op. cit.* <http://www.Derechos.org/koaga/viii/staff.html>, destaca una serie de características fundamentales de los derechos humanos cualquiera que sea la parte del mundo donde nos encontremos. Estas características son las siguientes:

- Son innatos y congénitos, porque todos los seres humanos nacemos con ellos.
- Son universales, en cuanto se extienden a todo el género humano en todo tiempo y lugar.
- Son absolutos, porque su respeto se puede reclamar indeterminadamente a cualquier persona o autoridad.
- Son necesarios porque su existencia deriva de la propia naturaleza del ser humano.
- Son inalienables, porque pertenecen en forma indisoluble a la esencia misma del ser humano.
- Son inviolables, porque ninguna persona o autoridad puede actuar legítimamente en contra de ellos, salvo las justas limitaciones que pueden imponerse a su ejercicio, de acuerdo con las exigencias del bien común de la sociedad.
- Son imprescriptibles, porque forman un conjunto inseparable de derechos.

¹⁴⁰ Concretamente se señala que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos [...] “ toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. Artículos 1 y 2.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, completados por el artículo 7 que también garantiza el derecho a la igualdad ante la Ley. .

¹⁴¹ Artículo 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

¹⁴² Esto se señala expresamente en los considerandos de la Convención.

¹⁴³ Concretamente en los considerandos de esta norma se señala que [...] *el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad, hasta ahora no plenamente reconocido, la importancia social de la maternidad y la función de los padres en la familia y en la educación de los hijos, y conscientes de que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto.*

Reconociendo que para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional, tanto del hombre como de la mujer, en la sociedad y en la familia”. A este considerando debe añadirse lo dispuesto en el artículo 5 de la misma norma que establece que “los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para: a) modificar los patrones socioculturales de conductas de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres [...]”.

empleo¹⁴⁴, y siempre que se haga por el tiempo imprescindible para alcanzar ese objetivo, sin que puedan mantenerse indefinidamente en el tiempo¹⁴⁵.

Por tanto, la lectura de estos instrumentos internacionales arroja una posible y doble interpretación que adelantamos. Por una lado, la defendida por el Feminismo de la Igualdad, en el sentido de pretender alcanzar la igualdad real entre hombres y mujeres por la vía del reconocimiento de los mismos derechos para unos y otras. Esto supone adoptar un punto de vista tradicional y considerar que la labor de los Estados Partes debe centrarse en la protección exclusiva de la mujer frente a un contexto que la discrimina por el hecho de ser mujer, de esta forma se conseguiría hacer posible la ansiada igualdad.

Y por otro lado, una interpretación más acorde con el Feminismo de la Diferencia que parte de la consideración de que los trabajadores son sujetos individuales necesitados de una protección individual e individualizada¹⁴⁶. Como derecho humano y fundamental que es el derecho a la igualdad de trato, debe concebirse como un derecho personal e individual y no colectivo. Si no se parte de esta base podremos afirmar que el contexto seguirá discriminando a la mujer a pesar de la labor de los Estados Partes, porque el único elemento tomado en cuenta para dispensar esa protección sigue siendo la condición de ser mujer, de manera que dicha protección no privilegiaría realmente al sujeto privilegiado, se volvería en su contra, al mantenerse de forma permanente a otro colectivo marginado.

A pesar de que existen estas dos posibles interpretaciones, debemos afirmar que la postura que se ha mantenido hasta nuestros días ha sido la primera, lo que ha provocado que desde los instrumentos normativos y jurisprudenciales internacionales hasta los comunitarios -como podremos analizar en los capítulos siguientes- los esfuerzos se hayan centrado en proteger a la mujer a través de prohibiciones para la realización de algunos tipos de trabajos, o en algunos momentos de su vida. También se ha centrado esta protección en la

¹⁴⁴ En su artículo 11 esta norma consagra el compromiso de los Estados Partes de adoptar las medidas necesarias para garantizar esta igualdad entre hombres y mujeres "en la esfera del empleo", a lo que añade en el apartado c) del apartado segundo que para impedir las discriminaciones entre mujeres y hombres se tomarán medidas, entre otras, para "alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres (hombres y mujeres) combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños". Además el artículo 13 establece el derecho a prestaciones familiares para las mujeres que eviten discriminaciones económicas respecto a los hombres. Como puede comprobarse familia, mujer, igualdad son aspectos todos relacionados desde tempranas fechas en el ámbito del Derecho internacional.

¹⁴⁵ En el artículo 4 de este documento internacional se señala que "la adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato".

¹⁴⁶ En relación con esta cuestión pueden destacarse las palabras de VALTICOS, N. que recuerda como "Rene Cassin, el principal autor de la Declaración Universal, escribió en 1950, que la propia Constitución de la OIT, que formó parte del Tratado de Versalles, fue el primer fundamento convencional de un derecho internacional relativo a las libertades individuales esenciales". "Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?". *Revista internacional del Trabajo*. Volúmen 117, nº 2, 1998, pág. 153.

concesión de licencias especiales para ocuparse no sólo del recién nacido sino del resto de responsabilidades familiares, cuando en realidad y al mismo tiempo se fomentaba la participación pública de estas mujeres.

Esta forma de intervención ha conseguido el desarrollo de la parcela pública y privada de las mujeres, pero no el desarrollo de la parcela pública y privada de los hombres, lo que ha provocado los desequilibrios hoy existentes, especialmente si medimos los tiempos de trabajo remunerado y no remunerado de unas y otros. De ahí que sin olvidar el mantenimiento y mejora de las parcelas de las mujeres, debamos en la actualidad desarrollar la parcela privada de los hombres, ya que -como dijimos anteriormente- la faceta pública es la que han desarrollado por tradición, lo que ha supuesto que durante mucho tiempo los hombres hayan sido el sustento económico principal para las familias.

La teoría que se va a defender en este trabajo es que la atención a esas cuatro parcelas puede ayudar al equilibrio de las vidas de hombres y mujeres, sin perjuicio de que persistan diferencias, en ocasiones de forma voluntaria, entre unos y otras. Esta idea o propuesta se enmarca perfectamente en el principio de Igualdad de Oportunidades, ya que lo que proclama este principio es que existiendo las mismas posibilidades de partida en el ámbito en el que se quiera implantar, por ejemplo, acceso al empleo, sean los sujetos interesados los que de forma voluntaria organicen sus vidas.

No se trata, al menos así lo considera el doctorando, de acabar con la parcela privada de la mujer como parecía desprenderse de los movimientos feministas más radicales que defendían sólo la parcela pública de éstas, animándolas a la participación política y económica en detrimento de lo personal. Por el contrario, se trata de coordinar vida pública y privada y para hombres y mujeres, manteniendo las diferencias entre ambos, protegiéndolas y contemplándolas en las regulaciones legales que establecen las pautas de comportamiento en los aspectos económicos, sociales y políticos de todas las sociedades.

Esta parece que no es la perspectiva que ha adoptado la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, a pesar de sus contribuciones a la materia. Esta Comisión se centra en la celebración de conferencias mundiales de las cuales se extraen conclusiones, a partir de las cuales se elaboran documentos para la puesta en práctica y consecución de los objetivos fijados por las Naciones Unidas. La primera Conferencia Mundial que tuvo como tema principal y exclusivo a las mujeres se celebró en el año 1975 en Méjico¹⁴⁷.

Con posterioridad, en el año 1980 se celebró en Copenhague la II Conferencia Mundial sobre la Mujer con la intención de revisar el Plan de acción puesto en marcha cinco años antes. A esta reunión sucedería la III Conferencia Mundial, celebrada en Nairobi en 1985, y que tuvo como resultado la aprobación

¹⁴⁷ Este año fue proclamado como "Año Internacional de la Mujer", y a partir de entonces se aprobarían una serie de planes de acción para hacer posible la igualdad de oportunidades.

de un importante documento sobre la materia: *“Las Estrategias de Nairobi orientadas hacia el futuro para el adelanto de la Mujer”*¹⁴⁸. Este documento recoge un conjunto de propuestas de mejora centradas sólo en las exclusiones que sufren las mujeres, sin que los hombres sean tenidos en cuenta como sujetos activos de estas propuestas.

Sin lugar a dudas, la reunión más significativa de esta Comisión se produjo en el año 1995 en Beijing, donde se celebró la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer. En esta ocasión, además de evaluar los avances producidos con la puesta en práctica del contenido de las Estrategias de Nairobi, se detectaron los obstáculos aún existentes para promover la igualdad entre hombres y mujeres, aunque se continua adoptando la postura básica del Feminismo de la Igualdad y sus esfuerzos se centran en la vida privada y pública de las mujeres. Concretamente esto se observa si se analizan los dos documentos más importantes que emanaron de esta IV Conferencia Mundial, la llamada Declaración de Beijing y la Plataforma para la Acción¹⁴⁹.

Respecto al primero de estos documentos, interesa destacar el acuñamiento del término “empoderamiento”¹⁵⁰ como vocablo que a partir de estas fechas será utilizado en los estudios de género, y que presenta *“una doble dimensión: por un lado significa la toma de conciencia del poder que individual y colectivamente tienen las mujeres. En este sentido, el empoderamiento tiene que ver con la recuperación de la propia dignidad de cada mujer como persona. En segundo lugar, el empoderamiento tiene una dimensión política, en cuanto que pretende que las mujeres estén presentes en los lugares donde se toman las decisiones, es decir, ejercer el poder”*¹⁵¹.

¹⁴⁸ Estas estrategias están inspiradas en los principios fundamentales y objetivos contemplados en la Carta de Naciones Unidas, la Declaración de Derechos Humanos y otros convenios internacionales. Constituyen un conjunto de medidas generales para contrarrestar los obstáculos que impiden el adelanto de la mujer, así como para promover mejores condiciones de vida de la mujer y la erradicación de la discriminación. STAFF WILSON, M. *op.cit.*

¹⁴⁹ Una versión de esta declaración puede consultarse en la publicación del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1996. Además, puede consultarse la valoración sobre los resultados de esta IV Conferencia Mundial en RUIZ TAGLE, A.M. “Mujer y Derechos Humanos”. *Leviatán. Revista de hechos e ideas*, nº. 66, 1996, págs. 69-71.

¹⁵⁰ Con el término “empoderamiento” hacemos referencia a un conjunto de acciones dirigidas a generar mayores niveles de auto-estima, competencias, habilidades y actitudes que permitan a las personas adquirir mayor autonomía y mayor capacidad de incidir en su propia vida personal, así como en el rumbo de los procesos de toma de decisión a nivel comunitario y nacional”. Para mayores detalles sobre este concepto, Modular Package on Gender, Poverty and Employment. Reader's Kit, Geneva, ILO, 2000. También se ha pronunciado sobre este concepto TOMEI, M. que señala que “el proceso de “empoderamiento”, al modificar las relaciones de poder entre grupos sociales, contribuye a una distribución más equitativa de los recursos y las oportunidades y a la definición de un proyecto de convivencia social centrado en la valoración de la diversidad. La inclusión de la diversidad en la agenda social y económica significa no limitarse a tomar en consideración y acomodar las diferencias de género, dejando inalterado un modelo de organización y estructuración de la sociedad y del trabajo que refleja valores y patrones de vida y trabajo no sólo masculinos, sino de un determinado tipo de trabajador, generalmente blanco, industrial, adulto y que suele trabajar a tiempo completo. Una sociedad incluyente y equitativa exige la redefinición de formas de convivencia y de contribución a la generación y distribución de la riqueza a partir de las perspectivas, demandas y aspiraciones de todos, independientemente no sólo del género, sino también de otros atributos tales como la etnia, el color, la raza, la religión o la clase social. La verdadera igualdad de género se logrará en la medida en que se reconozcan no solamente la diversidad entre hombres y mujeres, sino también la heterogeneidad de hombres y mujeres”. “La protección internacional de los derechos humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT.” *Temas Laborales*, nº 68 de 2003, pág. 4

¹⁵¹ Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. *op.cit.*, pág. 16.

Tras la lectura de este párrafo se observa como se apuesta por la parcela pública y privada de las mujeres, en consonancia con los postulados defendidos desde el Feminismo de la Igualdad, pero no se atiende al varón en cuanto sujeto con el que se comparten esas parcelas. La razón de esta exclusión en parte se justifica si reconocemos que este documento de la Comisión se centra aparentemente sólo en la vida pública de las mujeres, exaltando su dimensión política, sin embargo también esta última postura es un error, ya que no se debe desligar lo privado de lo público, tampoco cuando nos refiramos a uno sólo de los géneros. Esta forma de intervención es lo que ha provocado los desequilibrios de hombres y mujeres en cuanto responsabilidades y tiempos de atención entre lo profesional y personal.

Lo mismo ocurre con la Plataforma para la Acción, se trata de un programa internacional para conseguir hacer viable ese empoderamiento de la mujer y de nuevo se centra de forma exclusiva en éstas, aunque va combinando aspectos de la vida pública y privada de las mismas. En concreto, establece un grupo de “medidas prioritarias” que deberán aplicarse durante los cinco años siguientes y que responden a una serie de constataciones realizadas tras la celebración de la IV Conferencia Mundial¹⁵².

Estas medidas están especialmente referidas a la situación de pobreza en la que se encuentran muchas mujeres¹⁵³, a las desigualdades y carencias que aun sufren en la educación, formación en general, salud y servicios relacionados¹⁵⁴, a la violencia contra las mismas¹⁵⁵, y a la desigualdad entre mujeres y hombres en las estructuras y políticas económicas, en todas las formas de actividad productiva, en el acceso a los recursos¹⁵⁶ y en la toma de decisiones a todos los niveles¹⁵⁷.

Debemos reconocer que en este documento internacional se produce un ligero avance. Por una parte, el mismo se refiere a las cuatro parcelas de las que venimos hablando, es decir, pública y privada de hombres y mujeres, y muy especialmente a la privada de ambos. Esto se hace al enmarcar dentro de las medidas económicas a tener en cuenta por los gobiernos aquellas que aseguren *“[...]incentivos y/o estímulos, que den oportunidades adecuadas a las mujeres y a los hombres para obtener licencias y prestaciones de maternidad o paternidad. Promover de la misma manera, mediante legislación apropiada, incentivos y/o estímulos, a la distribución igualitaria de las responsabilidades de mujeres y hombres respecto a la familia, facilitando las tareas de lactancia a las madres trabajadoras”*.¹⁵⁸

¹⁵² Plataforma para la Acción firmada en Beijing en 1995. pág. 50 y 51.

¹⁵³ Desarrollado por los párrafos 47 a 68 de la Plataforma.

¹⁵⁴ Desarrollado por los párrafos 69 a 111 de la Plataforma.

¹⁵⁵ Desarrollado por los párrafos 112 a 130 de la Plataforma.

¹⁵⁶ Desarrollado por los párrafos 150 a 180 de la Plataforma.

¹⁵⁷ Desarrollado por los párrafos 181 a 195 de la Plataforma.

¹⁵⁸ Párrafo 179 de la Plataforma para la Acción.

Y por otra parte, y en cuanto al objetivo de integrar la perspectiva de género en las legislaciones, en las políticas, programas y proyectos públicos, objetivo estratégico para hacer posible el avance de las mujeres desde el punto de vista institucional, se declara que los gobiernos deben *“velar porque antes de adoptar decisiones políticas se realice un análisis de sus repercusiones sobre mujeres y hombres, respectivamente.”*¹⁵⁹ Lo que supone aplicar la técnica de la transversalidad o *mainstreaming*, de manera que en cada una de las medidas políticas a poner en práctica se tenga en cuenta su diferente impacto en mujeres y hombres¹⁶⁰.

A pesar de este ligero avance debemos reconocer que queda mucho por hacer desde la perspectiva de los Derechos Humanos, para que el tratamiento de la materia estudiada se realice de forma adecuada. Asimismo, reconocemos que esta perspectiva que defendemos aunque es necesaria puede no ser la más idónea para el planteamiento de estas cuestiones, ya que las mismas conllevan una importante inversión económica que no es normalmente contemplada por los documentos que reconocen los Derechos Humanos en el mundo, los cuales están centrados en los valores de solidaridad e igualdad.

4.3. Igualdad de Oportunidades en el Derecho Internacional del Trabajo

En este epígrafe y, una vez comentadas las grandes declaraciones internacionales de Derechos Humanos, nos centraremos en las normas que la OIT ha aprobado para proteger la igualdad entre mujeres y hombres.

En este sentido la primera idea que hay que destacar es la mayor concreción que existe en este segundo ámbito, frente a las normas que regulan la materia desde la perspectiva de los Derechos Fundamentales. Esta concreción se consigue básicamente a través de dos tipos de normas, unas de carácter vinculante y otras en forma de recomendaciones.

Antes de pasar al estudio de estos dos tipos de normas, es decir, los Convenios, Recomendaciones y Resoluciones de la OIT, hemos considerado oportuno realizar un breve recorrido por la institución que aprueba estas normas¹⁶¹, por

¹⁵⁹ Párrafo 204 de la Plataforma para la Acción.

¹⁶⁰ Hay que tener en cuenta que esta Plataforma para la Acción fue elaborada, entre otros documentos, con los informes presentados por los distintos Estados Partes de las Naciones Unidas. En el caso de España se señala expresamente que el informe fue elaborado con el propósito de ser *“un instrumento sintético que permitiera evaluar los avances realizados y también los obstáculos existentes, y constituir una base de comparación con los logros alcanzados por otros países, para evaluar la situación global de las mujeres en el mundo”*. Informe presentado por España a la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, Beijing, 1995. *Las españolas en el umbral del siglo XXI*. MTAS. Instituto de la Mujer, Serie documentos nº 16, Madrid, 1994, pág. 10.

¹⁶¹ Sin ánimo de ser exhaustivos, señalar en palabras de Acosta Estévez que la OIT *“es conocida por la originalidad de su proceder: tripartismo en la composición de sus órganos deliberantes; establecimiento de una legislación internacional multiforme del trabajo y obligación de presentar a los parlamentos nacionales los textos adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo; control estricto de la aplicación de las normas; y capacidad de rebasar en cierta medida el ámbito de las relaciones de trabajo propiamente dichas para abordar cuestiones afines. Tres cuartos de siglo de perseverantes esfuerzos han conducido a la creación de un cuerpo de normas jurídicas que la opinión pública internacional no parece estar dispuesta a ver contestado y que, por eso mismo, tiene una vocación de desarrollo pro-*

ser la más importante en el entramado institucional de Naciones Unidas, al menos en lo que a nuestra disciplina se refiere. Si entendemos la estructura y funcionamiento de esta organización también podremos comprender muchas de las limitaciones a las que se encuentran sometidas las normas que emanan de la misma.

La configuración actual de esta Organización permanente se debe a la aprobación de una serie de instrumentos internacionales en cuyo origen encontramos el Tratado de Versalles firmado en abril de 1919, concretamente su Parte XIII¹⁶², la cual constituye la denominada “Carta del Trabajo”¹⁶³. Esta parte XIII del Tratado fue desarrollada a su vez por el documento de Constitución de la OIT firmado también en Versalles¹⁶⁴, y en el que se regulan la estructura¹⁶⁵, funciones¹⁶⁶, fines y objetivos de esta Organización, siendo en este aspecto completado unos años más tarde por la Declaración de Filadelfia¹⁶⁷. Esta última Declaración, por una parte, reconoce de forma amplia el derecho de todo ser humano, sin distinción de “raza, credo o sexo”, de perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades¹⁶⁸ y, por otro lado, centraliza esta protección, en cuanto a la mujer se refiere, en la protección a la maternidad¹⁶⁹.

gresivo en el sentido de una mayor extensión y protección de los derechos sociales. Éste es el fundamento último, metajurídico, de lo que en otros tiempos creímos que podríamos llamar el derecho social internacional” Este autor reproduce las palabras de Bedjaoui. ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *Sistema jurídico de la OIT y el Derecho Español*. Editorial Cedecs SL. Barcelona, 1997, pág. 23. Sobre el origen de las Organizaciones Internacionales puede consultarse CARRILLO SALCEDO, J.A. “Soberanía de los Estados, Organizaciones Internacionales y Derecho Internacional” en la obra colectiva en homenaje a Francisco Murillo Ferrol, *Política y Sociedad*, Volúmen I. Centro de Investigaciones sociológicas, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, págs. 317 y ss. Asimismo, BARBERIS, J.A. *Los sujetos del derecho internacional actual*. Editorial Tecnos, Madrid, 1984, págs. 75 y ss.

¹⁶² Con anterioridad a este Tratado, “*ya en el siglo XIX, dos industriales, Robert Owen (1771-1853), de Inglaterra, y Daniel Legrand (1783-1859), de Francia, habían abogado por la creación de una organización semejante. Sus ideas, tras haber sido puestas a prueba en la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores, fundada en Basilea en 1901, fueron integradas en la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, adoptada por la Conferencia de la Paz en abril de 1919*”. *La Organización Internacional del Trabajo. Nota informativa*. OIT 75. 1919-1994. Oficina de publicaciones de la OIT.

¹⁶³ Este documento internacional se considera el punto de partida de la llamada “*historia de la política social internacional que se impulsa, después de la Gran Guerra, en la Carta del Trabajo y en la Conferencia de Washington*” Carta constitutiva de la OIT firmada en Versalles el 28 de junio de 1919, BOE de 21 de septiembre de 1982.

¹⁶⁴ En junio de 1919.

¹⁶⁵ Tripartita: Conferencia General o Internacional del Trabajo como órgano legislativo, el Consejo de Administración como órgano ejecutivo y de coordinación, y la Oficina Internacional del Trabajo. *Organización Internacional del Trabajo. Convenios y Recomendaciones (1919-1983)*. pág. XXI y ss. Asimismo, puede consultarse ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *op.cit.*, pág. 55 y ss.

¹⁶⁶ Funciones normativas, de cooperación técnica, especialmente en el tercer mundo, para fortalecer las economías nacionales, de información, estudio e investigación, y de apoyo técnico e iniciativa internacional. *Organización Internacional del Trabajo. Convenios y Recomendaciones (1919-1983)*. *op.cit.*, pág. XXIII. En concreto, sobre las competencias de la OIT se plantearon inicialmente dificultades sobre las concretas materias en las que podía intervenir. De acuerdo con el artículo 423 del Tratado de Versalles “*todas las cuestiones o dificultades relativas a la interpretación de esta parte del presente Tratado y de los Convenios ulteriormente celebrados por los Miembros en virtud de esta parte del presente Tratado serán sometidos a la resolución del Tribunal permanente de Justicia internacional*”. La puesta en práctica de esta competencia del Tribunal Internacional dio como resultado la concreción de forma amplia de las competencias de la OIT para englobar todos los problemas relacionados con el trabajo de todos aquellos que trabajan, y que en definitiva se recogen en la posterior Declaración de Filadelfia ACOSTA ESTÉVEZ, J.B. *op.cit.*, pág. 52,53 y 94. Asimismo, JENKS, C.W. *La justicia social en el derecho de las naciones. El impacto de la OIT después de cincuenta años*. Editorial Tecnos, Madrid, 1972.

¹⁶⁷ De 10 de mayo de 1944.

¹⁶⁸ Punto II de la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944.

¹⁶⁹ Punto III de la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944.

Estos documentos sobre la OIT analizados han sido completados con la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento¹⁷⁰, en la cual se recuerda a los Estados Partes el compromiso asumido, desde su incorporación a dicha Organización, para el cumplimiento de los objetivos básicos de dicha organización, añadiendo además, que *“todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios aludidos, tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios [...]”*. Entre estos principios y por lo que a nosotros nos interesa, destaca *“la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación”*¹⁷¹.

La razón principal por la cual se hace referencia a estos documentos constituyentes de la OIT, es porque queremos resaltar su reciente actualización, ya que el último instrumento aprobado en este sentido es del año 1998, fecha en la que la realidad del mercado de trabajo había variado lo suficiente como para ser tenida en cuenta por esta organización, especialmente en la fijación de sus objetivos desde la perspectiva de género.

Para la consecución de los objetivos fijados por estos documentos mencionados, la OIT elabora una serie de instrumentos denominados Convenios, Recomendaciones y Resoluciones, siendo los primeros los únicos vinculantes para los Estados Miembros¹⁷², una vez que los ratifican.

En concreto y por lo que se refiere a la protección del trabajo femenino¹⁷³, la OIT ha centrado sus esfuerzos en la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación, y ello partiendo de la libertad del individuo de

¹⁷⁰ Firmada en Ginebra en 1998, en concreto, en la octogésima sexta reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada el 18 de junio de 1998. Sobre esta Declaración puede consultarse entre otros TOMEI, M. “La protección internacional de los derechos humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT”. *op. cit.*, pág. 48 y ss. Concretamente se señala que *“quizás uno de los aspectos más interesantes y novedosos de esta nueva herramienta jurídica que mayor relevancia tiene para los efectos de alcanzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, reside en el hecho de que la Declaración recoge en un solo instrumento las cuatro categorías de principios y derechos fundamentales en el trabajo. Esto significa reconocer el carácter indivisible de dichos principios y derechos y admitir no solamente que avances en un frente facilitan logros en los demás frentes, sino además que las medidas dirigidas, por ejemplo, a abordar el tema del trabajo infantil o de la libertad sindical, que no tomen debida consideración de las relaciones y sinergias existentes entre éstos y los demás principios y derechos, están destinadas al fracaso o a éxitos efímeros. Lo anterior implica, analizar y enfrentar los problemas relacionados con la aplicación de los principios y derechos fundamentales en el trabajo desde una perspectiva de género, ya que la igualdad entre hombres y mujeres, es un objetivo de la Declaración”*. pág. 51. Asimismo, podemos destacar SWEPSTON, L. “La OIT y los derechos humanos del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. *Relaciones Laborales*. 1999-1, págs. 117-121.

¹⁷¹ Puntos 1 y 2 respectivamente de la Declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944.

¹⁷² El porvenir de estas normas fue discutido a mediados de los años noventa en el seno de la Conferencia Internacional. El debate se centraba en la alternativa de hacer valer de forma prioritaria o bien la flexibilidad de su contenido para que estuviera al alcance de un mayor número de Estados miembros, o mantener su rigor a costa de ser ratificados por un menor número de estos Estados.

¹⁷³ Como ha señalado algún autor *“la gran mayoría de los convenios y de las recomendaciones de la OIT se aplican indistintamente a los hombres y a las mujeres. Las mujeres están amparadas al igual que los hombres por los instrumentos que la OIT ha adoptado en diferentes ámbitos que están dentro de su esfera de competencia, ya se trate de los derechos fundamentales del hombre o del empleo y de la formación profesional, de las condiciones de trabajo o*

elegir un trabajo retribuido. El origen de esta protección se encuentra en la propia Declaración de Filadelfia que considera, como ya hemos señalado, que el ser humano tiene derecho a buscar su bienestar material y su desarrollo espiritual sin que el sexo, entre otros, sea un motivo que justifique la no consecución de este objetivo.

A pesar de esta declaración, lo cierto es que en el seno de la OIT se ha apostado, al menos en sus orígenes, por prohibir determinados tipos de trabajo a las mujeres en la medida en que resultaban penosos para la misma o el feto, y en definitiva para proteger la maternidad y otras responsabilidades familiares.

Como ejemplo de esto último, puede citarse la primera reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (1919) que abordó en su orden del día la aprobación de una serie de instrumentos de los cuales tres estaban referidos al empleo de las mujeres y a la maternidad. El primero de ellos el Convenio nº 3 sobre protección de la maternidad; el segundo el Convenio nº 4 sobre el trabajo nocturno de las mujeres, en el que se limitaba este tipo de trabajo por ser éstas las que debían atender a los hijos durante la noche. Debemos resaltar que esta limitación no se corresponda con las razones biológicas apuntadas. Y finalmente la Recomendación nº 4 sobre la protección de las mujeres y los niños contra el saturnismo, es decir, sobre la prohibición de determinados empleos en las industrias por resultar demasiado peligrosos para la salud.

A estos aspectos puramente biológicos posteriormente se fueron sumando otros, relacionados con estos pero de contenido más amplio, y así la protección de la mujer se enmarcó en el ámbito más de las responsabilidades familiares y la relación de éstas con la posición de la mujer en el mercado de trabajo¹⁷⁴.

Se puede concluir por tanto, que hasta la fecha y con el fin de evitar la discriminación de la mujer en el trabajo han existido dos tipos de preocupaciones para la OIT, una la relativa a la protección de la maternidad, otra relativa a la atención de las responsabilidades familiares, lo que ya se puede considerar un avance respecto a los instrumentos internacionales analizados con anterioridad¹⁷⁵. Si protegemos estas dos cuestiones se podría evitar la discriminación de la mujer en la mayoría de los casos, ya que la realidad demuestra que sus dificultades para acceder y mantenerse en el mercado de trabajo

de la seguridad e higiene del trabajo. Al lado de estas normas que se aplican a la totalidad de los trabajadores, la OIT ha adoptado algunas más destinadas especialmente a las mujeres y a tener en cuenta los problemas específicos que encuentran en el trabajo" PRET-NGUY N, H.T. "La mujer en la normativa de la OIT", en *Igualdad y protección de la mujer en el trabajo (Convenios y Recomendaciones de la OIT)*. MTAS. Madrid, 1990, págs 5-23.

¹⁷⁴ Sobre este aspecto puede consultarse ARGÜELLES BLANCO, A.R. *La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pág. 35-37.

¹⁷⁵ Como señala algún autor "las normas internacionales de contenido protector hacia la mujer tienen diverso alcance según se dirijan a la protección genérica de la mujer o a la protección específica de la maternidad. En las primeras normas de la OIT ambas se entremezclan, dada la concepción real o potencial de madre de la mujer". Un ejemplo de ello se encuentra en la aprobación en el mismo año de nacimiento de la OIT de un Convenio, el nº 3 sobre la protección de la maternidad, y el nº 4 sobre trabajo nocturno de las mujeres. BALLESTER PASTOR, M.A. *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pág. 155.

están relacionadas principalmente con esos dos aspectos, uno biológico y otro social¹⁷⁶. Este último no exclusivo de las mujeres - como venimos comentando - pero que sí se ha tratado como si fuera un espacio reservado a éstas.

Para analizar cómo la OIT protege estas dos cuestiones vamos a estudiar los principales Convenios y Recomendaciones aprobados al respecto, y siempre que además tengan alguna relación con la Igualdad de Oportunidades estudiada en esta primera política. A esto añadiremos una declaración de la Conferencia general de la OIT sobre la materia y dos resoluciones también de esta Conferencia sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito concreto del Derecho del Trabajo. Esto significa que el resto de elementos relacionados bien con la biología de las mujeres, bien con las responsabilidades familiares serán estudiados en el resto de políticas que analizaremos a continuación.

Comenzando por la protección que brinda la OIT en el marco de la Igualdad de Oportunidades, tenemos que señalar que la misma se encuentra relacionada, como era de esperar, con una de sus preocupaciones básicas -las responsabilidades familiares-. En este contexto debemos destacar el Convenio OIT nº 156 de 1981, sobre la igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras: trabajadores con responsabilidades familiares¹⁷⁷.

Este Convenio parte de la consideración de que su objetivo es completar el contenido del Convenio nº 111 de 1958 sobre discriminación en el empleo y la ocupación, el cual no hace referencia a las diferencias fundadas en las responsabilidades familiares, siendo ello necesario para conseguir la efectiva igualdad de oportunidades y de trato entre los trabajadores de uno y otro sexo. Se trata de una muestra más de la estrecha relación existente entre las políticas elegidas para ser estudiadas en nuestro trabajo de investigación, y de la constatación de que no se puede desvincular lo privado de lo público.

Este Convenio nº 156 pretende que las responsabilidades familiares no sean un límite para el desarrollo de una actividad económica. Para ello permite a los trabajadores con responsabilidades familiares elegir libremente su empleo, además de tenerse en cuenta sus necesidades personales por parte de los empresarios y del propio Estado mediante servicios de asistencia a la infancia y a otros familiares. En concreto, este convenio incluye en su ámbito de aplicación a los trabajadores/as con hijos u otros familiares a su cargo¹⁷⁸, cualquiera que sea la

¹⁷⁶ Como ha señalado algún autor "al principio, la protección de la mujer trabajadora obedecía a la preocupación de tutelar su función primaria, que era la de madre y ama de casa. En años más recientes, la figura de la mujer como trabajadora secundaria ha ido desapareciendo de los textos normativos de la OIT para ceder el paso a la imagen de una mujer que participa en el mercado del trabajo, en pie de igualdad con los hombres, y cuya incorporación a la actividad económica sin discriminaciones de género se considera esencial para el fortalecimiento de la democracia, el alivio de la pobreza y la justicia social, el aumento de la productividad y la eficiencia económica". TOMEI, M. "La protección internacional de los derechos humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT". *op. cit.*, pág. 10.

¹⁷⁷ Ratificado por España el 11 de septiembre de 1985, BOE de 12 de noviembre de 1985.

¹⁷⁸ De acuerdo con el artículo 1.3 del Convenio, será cada país el encargado de señalar cuáles son estos "otros miembros de la familia directa".

rama de actividad económica en la cual desempeñen su trabajo, y siempre que esas responsabilidades familiares *“limiten sus posibilidades de prepararse para la actividad económica y de ingresar, y constituir de por sí una causa justificada para poner fin a la relación de trabajo”*¹⁷⁹.

El primer comentario que hay que realizar al respecto es que al menos en el texto aparecen contemplados hombres y mujeres como sujetos destinatarios de la protección, ya que ambos son responsables de los aspectos familiares, los cuales no se limitan a la tenencia de hijos sino que se extiende al cuidado de otros familiares que puedan vivir a su cargo.

El segundo comentario que procede es que la limitación que las responsabilidades familiares pueden suponer es contemplada tanto en el momento del acceso al mercado de trabajo como en la extinción de la relación laboral. Esto debe considerarse un avance, ya que en el marco de la igualdad de oportunidades no debemos contemplar sólo medidas de impulso de la presencia femenina en el mercado laboral, sino muy especialmente de mantenimiento de las mismas, lo que va a suponer adoptar medidas de acción positiva u otro tipo de medidas, según se trate de favorecer el acceso o el mantenimiento de estas mujeres en el mercado laboral.

Si bien los comentarios que hemos realizado hasta el momento se refieren a la mujer, en la medida en que estamos destacando la parcela pública del individuo, no podemos olvidar la parcela privada íntimamente ligada a la anterior y que precisa de una mayor atención cuando la referimos en especial a los varones. Por ello y aunque el mencionado Convenio se refiera fundamentalmente al empleo, a su creación y mantenimiento, debe considerarse un acierto la incorporación de los varones en cuanto responsables de las obligaciones familiares, aunque a través de este instrumento internacional no se llegue más allá que a una declaración de cómo deben articularse las reglas del juego en el mercado de trabajo.

Esto último debe relacionarse con el momento en el cual dicho Convenio es aprobado, en el año 1981. En esta fecha ya empezaba a notarse la influencia ejercida tanto por otras instituciones internacionales como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer ya analizada, como la influencia de los grandes logros obtenidos por los movimientos feministas y el avance de la sociedades más democráticas.

Y por último y a diferencia de otros convenios internacionales, en éste que ahora examinamos no se limitan los sectores productivos a los cuales resulta aplicable esta norma, lo cual tiene sentido si se pretende crear una cierta homogeneidad en el mercado y no fomentar la feminización de ciertos sectores por estar especialmente protegidos para las trabajadoras (industria, comercio, sector agrícola, trabajo doméstico, trabajo a domicilio, etc.).

¹⁷⁹ Artículo 1.1 del Convenio OIT n° 156.

El balance que desde el Feminismo de la Diferencia procede realizar de esta norma internacional, a pesar de los elementos positivos destacados, es el escaso tratamiento de los aspectos que regula desde el punto de vista del individuo que pretende proteger. Si bien hombres y mujeres aparecen contemplados en la denominación del convenio, de su contenido no puede extraerse regla alguna para hacer posible la compatibilidad de la esfera privada y pública de mujeres y hombres, y ello a pesar de que nos encontramos en la década de los ochenta y de que esa parecía ser la intención al denominar el Convenio.

Por lo tanto, se trata de una norma que no ha sido configurada desde la perspectiva de género que defendemos, ni por supuesto ha sido elaborada siguiendo la técnica del *mainstreaming* que supone - recordemos- plantear las necesidades y diferencias de hombres y mujeres en el diseño, aplicación y control de las medidas que se aprueben.

Este último control no existe en las concretas normas que estudiamos, al menos en el sentido que exige esta forma de elaboración de las disposiciones, es decir, teniendo en cuenta los resultados obtenidos para saber si la misma se aplica o no de forma adecuada. También es cierto que este control resulta difícil al no haber sido contemplados correctamente estos objetivos en el momento del diseño y aplicación de las normas.

Si bien partimos de las limitaciones que el Derecho Internacional puede presentar para vincular a los Estados, sería deseable que las normas internacionales se configuraran desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, porque si este planteamiento es defendido, explicado, y asumido desde este ámbito se ejercerá influencia en el ámbito comunitario y nacional para su puesta en marcha. Todo ello gracias al sistema de cascada que existe en las relaciones entre ordenamientos jurídicos. Además de la influencia, por supuesto, que se podría ejercer en las personas concretas que elaboran y aplican las normas en estos ámbitos, nos referimos a los miembros del poder político, judicial y a los propios agentes sociales.

Con anterioridad a este Convenio, la Conferencia aprobó la Recomendación nº 123 (1965) sobre el empleo de las "mujeres con responsabilidades familiares". La razón por la cual la analizamos a continuación del Convenio es porque hemos optado por estudiar en primer lugar las normas vinculantes para los Estados, para a continuación completar su referencia con las Recomendaciones que pretenden aclarar o completar lo dicho en esas normas vinculantes, lo que se consigue en ocasiones con más de una recomendación como ocurre en el presente caso, al ser la número 123 anterior al Convenio y haber sido por ello revisada en el año 1981 por la Recomendación nº 165 que examinaremos a continuación.

Del propio título de la Recomendación nº 123, se extrae la impresión de que sólo eran las mujeres, que además de ser madres y esposas fueran trabajadoras, las que necesitaban de una protección especial que les permitiera el desarrollo de todas estas facetas de su personalidad, y por ello se recomendaba a las

autoridades competentes de cada país que aprobaran normas que permitieran el mantenimiento de esta situación. Esta misma idea es la que va a inspirar gran parte de la normativa comunitaria que se analizará en próximas páginas e incluso su traducción nacional, aunque afortunadamente esta perspectiva está comenzando a cambiar al menos formalmente como hemos comprobado al analizar el Convenio 156. Sin embargo no debemos quedarnos en esa Igualdad formal del Convenio, sino que debemos perseguir la Igualdad material que la realización del principio general de Igualdad de Oportunidades conlleva, excediendo del texto de la norma y creando medidas concretas para su puesta en práctica.

Esto último no se consigue en las normas internacionales que hemos analizado hasta el momento, las razones entre otras y además de lo ya apuntado, responden a la reciente asunción por las instituciones competentes sobre la materia de la perspectiva que defendemos en nuestro trabajo, y ello a pesar de la veterana existencia de los movimientos feministas que reivindican los derechos de la mujer en lo público y en lo privado. También es cierto que éstos han llegado a la defensa real de la tercera de las posturas que explican las relaciones entre hombres y mujeres en la última década.

Las normas anteriores fueron completadas por la Recomendación OIT nº 165 aprobada como decimos en el año 1981. Del contenido de la misma se desprende ya un avance en el tratamiento de los aspectos que inciden en la vida privada y pública de las mujeres y hombres, ya que se advierte de la necesidad de reconocer que esta materia no sea tratada como una cuestión que afecte sólo a la esfera privada del individuo, sino que es una cuestión de orden público que exige medidas activas tanto en la educación de los individuos, como en la formación de los trabajadores, las condiciones de empleo, o la seguridad social, proporcionando además unos servicios y medios de asistencia a la familia y a la infancia que sean adecuados y permitan a tales trabajadores “conciliar sus responsabilidades profesionales y familiares”¹⁸⁰.

Concretamente, esta Recomendación remite a los Estados Partes la definición de conceptos como el de hijo a cargo u otro familiar que necesite cuidados de terceros, insiste en la necesidad de no discriminar a las personas que tienen responsabilidades familiares aunque no dice cómo hacerlo, esto lo deberán garantizar los Estados Partes, esa necesidad de igualdad se extiende a todos los aspectos de la relación laboral, desde la formación profesional como hemos indicado más arriba hasta las condiciones de Seguridad Social, incluyendo la protección del trabajador que se incorpora a su puesto de trabajo tras una ausencia debida a sus responsabilidades familiares. De forma particular se trata el tiempo de trabajo, fundamentalmente su reducción y flexibilización como instrumento de atención a la vida familiar. En resumen, pretende fomentar la investigación y educación en esta materia que estudiamos para que la igualdad en las condiciones laborales de mujeres y hombres sea una realidad, pero teniendo en cuenta que esas responsabilidades familiares pueden exigir alguna diferencia de tratamiento.

¹⁸⁰ Punto IV. 17 de la Recomendación 165.

Además de todas estas disposiciones, la Conferencia General de la OIT ha tenido ocasión de manifestarse sobre la igualdad entre hombres y mujeres en otros documentos internacionales como la Declaración del año 1975 sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras. De acuerdo con el preámbulo de este documento, esta Conferencia declara que *“no se considerará como discriminatorio un trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos”*¹⁸¹.

Esta cláusula que establece una vez más un fundamento legal para las llamadas discriminaciones positivas, no ha resultado ser eficaz ya que la técnica del privilegio a la mujer no se ha ejercido de forma transitoria, sino permanente en muchos ordenamientos jurídicos. Además -como ya hemos puesto de manifiesto- se sigue considerando que la maternidad es una cuestión social pero que afecta sólo a las mujeres, únicas destinatarias de la protección que se dispensa en caso de que se produzca esta contingencia.

Un ejemplo de esto que comentamos lo constituye el artículo 8.3 de esta Declaración del año 1975, que considera que *“dado que la maternidad es una función social, todas las trabajadoras tendrán derecho a una protección completa en caso de maternidad, de conformidad con las normas mínimas prescritas en el Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (nº 103), y en la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (nº 95); los gastos deberán ser cubiertos por la seguridad social u otros fondos públicos, e incluso, por el recurso a otros medios colectivos de financiación”*.

Por otra parte, la Conferencia General de la OIT también ha sido artífice de dos Resoluciones importantes sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en el ámbito del Derecho del Trabajo. La primera de ellas del año 1975, y que según su denominación estaba dirigida a promover esta igualdad “para las trabajadoras”, y la segunda aprobada diez años después (1985), y cuyos destinatarios eran “los trabajadores y las trabajadoras”.

En cuanto al contenido de estas disposiciones, debemos decir que no varía demasiado a pesar del transcurso de esos diez años, ya que ambas se refieren a la necesidad de incidir en el acceso al empleo y la formación de las mujeres, en la igualdad salarial, en la igualdad en el sistema de Seguridad Social y, en particular, en cuanto a la protección de la maternidad, prácticamente se reproduce el mismo contenido en ambas resoluciones.

De manera que si se analiza el contenido de las cláusulas que en cada una de estas Resoluciones se dedican a la maternidad se observa cómo el avance ha sido mínimo. La única diferencia es que en la Resolución del año 1985 se hace referencia a la necesidad de incluir, en el ámbito de aplicación personal de las concretas medidas que se adopten, a las trabajadoras *“de carácter ocasional, temporal, a tiempo parcial, a destajo, a las que trabajan en su casa, así*

¹⁸¹ Artículo 1. 2 de la Declaración del año 1975.

como a las trabajadoras familiares y por cuenta propia [...]". Parece que la razón podría ser el aumento en la utilización de estas modalidades de contratación, especialmente las temporales.

Por esta coincidencia de contenidos, es por lo que señalamos que si después de diez años de puesta en práctica de los concretos instrumentos legales que los Estados partes debieron aprobar tras la primera Resolución citada, no se percibe que la realidad ha cambiado sustancialmente, y aún así se empeñan en continuar avanzando por el mismo sendero, resultan inevitables las dudas sobre la eficacia de la labor que desde todas las instancias se está realizando sobre esta cuestión.

Esto no significa que no se haya avanzado en la protección de la mujer en el ámbito laboral, significa que no se está mirando a la realidad para adoptar, en cada momento concreto y según las necesidades de los individuos que conviven en las sociedades actuales, las medidas adecuadas para atender a las necesidades de estos individuos. Si el tratamiento fuera individualizado y se partiera del sujeto como destinatario de las normas, quizás los resultados serían más positivos. Como algún autor ha señalado *"la transformación de las relaciones de género no puede producirse en el vacío [...]; si queremos alcanzar cambios positivos para las mujeres, también los hombres tendrán que cambiar"*¹⁸².

En resumen, la actuación de la OIT viene a confirmar nuestra opinión sobre la necesidad de considerar la materia aquí analizada como una cuestión de interés para toda la sociedad. Y ello porque el bien jurídico protegido con este tipo de regulaciones es el interés general de la sociedad y, en particular, el de los individuos que conviven en ella. Y por ello también el interés de los empresarios que tendrán como empleados a unos trabajadores con dificultades para compatibilizar estas dos facetas de su vida y, en definitiva, el interés de todos, también el de aquellos que aún no están en el mercado de trabajo porque ésta es una forma de generar empleo, aunque éste sea coyuntural¹⁸³.

Al margen de este deseo, debemos concluir este epígrafe con la constatación de que no existe en el ámbito internacional una Política de Igualdad de Oportunidades que genere derechos y deberes reales para los hombres y las mujeres que intervienen en el mercado de trabajo, no se definen, especialmente los derechos, desde la perspectiva del individuo y esto provoca que la Igualdad de Oportunidades no se consiga, al menos, en unos niveles adecuados.

¹⁸² Véase LANSKY, M. "Género, mujeres y todo los demás". Parte I y II. *Revista Internacional del Trabajo*, Volumen 119 (2000) n° 4, pág. 529, y Volúmen. 120 (2001) n° 1, pág. 91 y ss, respectivamente. En este último número se destaca "el interés del feminismo académico por los hombres y las masculinidades".

¹⁸³ Nos referimos a los contratos de interinidad o sustitución, a las bonificaciones en materia de Seguridad Social, etc., y a otros instrumentos propios de las Políticas de Empleo, y que será estudiados en el capítulo séptimo.

4.4. La Igualdad en las Condiciones de Empleo en el Derecho Internacional del Trabajo

Si entendemos la Política de Empleo de una región en sentido amplio, como el conjunto de medidas que regulan el mercado laboral y las posiciones que los sujetos que operan en él tienen en su seno, a la hora de estudiar el Derecho Internacional sobre esta materia nos encontramos con un tratamiento limitado de estas cuestiones, centradas prácticamente en la garantía de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, y en la necesidad de que los Estados Partes elaboren sus políticas de empleo.

El convenio más importante en esta materia es, sin duda, el Convenio nº 88 de la OIT de 1948, que no se refiere expresamente al desarrollo de políticas activas de empleo para ningún colectivo concreto, pero que establece la necesidad de que exista un servicio público de empleo en cuanto institución que realice una labor de intermediación en el mercado de trabajo. Esta labor de intermediación incluirá no sólo la ayuda para encontrar un empleo, sino también actividades de formación y orientación profesional, entre otras.

Al margen de este convenio internacional podríamos citar también el Convenio de la OIT de 1964 (nº 122), que señala que la política de empleo que elaboren los Estados debe garantizar que *“[...] habrá trabajo para todas las personas disponibles y que busquen trabajo [...], que dicho trabajo será productivo [...], y que el trabajador tendrá libertad para escoger el empleo que quiere desempeñar sin que se tenga en cuenta su raza, color, sexo, religión, opinión política, procedencia nacional u origen social [...]”*.

Aunque existan estas declaraciones internacionales sobre “el empleo” lo cierto es que el concepto de política activa de empleo se desarrolla y pone en práctica especialmente en el ámbito comunitario. Este origen justifica que su estudio se realice con mayor profundidad en el capítulo destinado a las políticas comunitarias.

Además de esas declaraciones genéricas, las manifestaciones de la OIT sobre esta materia se centran en las garantías de la igualdad salarial por trabajos iguales o similares con el fin de evitar desajustes económicos en los mercados laborales. Partiendo de esta limitada intervención, debemos señalar que la Conferencia General de la OIT aprobó en el año 1951 el Convenio nº 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. A partir de la aprobación de esta norma sólo se va a admitir una remuneración diferenciada si existen razones objetivas que lo justifiquen, cualquiera que sea el método de valoración del trabajo que se utilice y tanto en las empresas públicas como en las empresas privadas, especialmente en estas últimas.

Siguiendo el tradicional método de actuación normativa en el seno de la OIT, este convenio fue completado por la Recomendación nº 90 del mismo año, en la que se aportan ideas para conseguir que esta garantía sea posible,

expresamente se señala que *“para facilitar la aplicación del principio de igualdad de remuneración [...] se deberían tomar medidas pertinentes, cuando fuere necesario, para elevar el rendimiento de las trabajadoras, especialmente: [...] c) estableciendo servicios sociales y de bienestar que correspondan a las necesidades de las trabajadoras, especialmente de aquellas que tengan cargas familiares, financiando dichos servicios con fondos públicos generales, con fondo del seguro social o con fondos de las empresas o industrias, destinados al bienestar y constituidos con pagos efectuados en beneficio de los trabajadores, independientemente del sexo [...]”*¹⁸⁴.

En este documento se relaciona por tanto, la retribución con el rendimiento del trabajador y se añade que en el caso de las mujeres éste se ve disminuido, en muchas ocasiones, por las cargas familiares que dicha mujer soporta, de manera que atendiendo a éstas últimas, la discriminación salarial desaparecería porque no disminuiría el rendimiento de esas trabajadoras.

Si analizamos estas disposiciones desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, la primera declaración que debemos realizar es que se trata de una forma simple de entender las discriminaciones salariales que aún persisten. Aunque es cierto que las responsabilidades familiares influyen en el rendimiento de las mujeres que trabajan fuera y dentro del hogar, no podemos vincular la igualdad de retribución sólo al hecho de que dichas responsabilidades se atiendan o no de forma directa por estas mujeres. La desigualdad de salarios se produce en muchas ocasiones al margen de dichas responsabilidades o en previsión de que éstas se produzcan, de manera que se retribuye de forma inferior a la mujer por el riesgo de tener ese tipo de cargas, y esto se hace estableciendo una estructura salarial diferente e inferior para las categorías propiamente femeninas o bien retribuyendo a la mujer de forma inferior sin más, no percibiendo determinados complementos salariales que sí se otorgan a los hombres por el simple hecho de que no se someten al riesgo de continuas salidas del mercado de trabajo, motivadas estas salidas por la maternidad u otro tipo de obligaciones familiares.

La segunda crítica que desde el Feminismo de la Diferencia puede realizarse a esta previsión legal es que se excluya a los varones de ese tipo de responsabilidades, considerando así que estas obligaciones afectan sólo a las mujeres, que esto disminuye el rendimiento sólo de este colectivo y por eso se produce la discriminación salarial, sin tener en cuenta otros posibles factores que pueden incidir.

Ante este comportamiento de los sujetos que intervienen en el mercado laboral la solución que se propone es atender esas responsabilidades por servicios públicos, con esto se reduciría ese efecto perjudicial para las mujeres. Sin perjuicio de que consideremos que esto es necesario, lo que también es preciso es que se contemple al varón como sujeto responsable que debe soportar esas cargas, las cuales también pueden disminuir su rendimiento y que, por

¹⁸⁴ Punto sexto de la Recomendación n° 90 de la OIT.

tanto, en comparación con una mujer resulta igual de costoso para un empresario. Sólo partiendo de estas premisas se podrán evitar las desigualdades de salarios no justificadas por razones objetivas.

Por ello, desde esta perspectiva feminista lo que se plantea es que se diferencien a las mujeres y los hombres que tienen responsabilidades familiares respecto de los que no las tienen, y esto se consigue estableciendo determinados complementos salariales que sólo recibirán aquellos trabajadores, con independencia de su sexo, que realicen realmente determinadas aportaciones de trabajo a la empresa superiores a las del resto de empleados, que asuman responsabilidades mayores en la misma, que aporten en definitiva un elemento objetivo a su prestación de servicios. Estas aportaciones extraordinarias son necesarias en la mayoría de las empresas o sectores productivos, principalmente en momentos de máxima productividad, con lo cual al empresario no le quedará más remedio que asumir, junto con los Estados que proporcionan servicios de cuidado, una parte del coste de dichas contingencias.

Esta idea que a simple vista puede parecer que plantea otro tipo de discriminaciones entre las personas con responsabilidades familiares y las que no las tienen, no debe ser entendida en estos términos, sino como parte de una solución que además obligaría a realizar una mayor inversión económica por parte de los Estados en relación con los servicios de cuidado a terceros. De esta forma se consigue además hacer posible otra de las recomendaciones contenidas en la Recomendación 90 y es que los pagos que se realicen se hagan con cargo a fondos públicos o privados y con independencia del sexo del trabajador¹⁸⁵.

Otra de las ventajas de esta propuesta sería la presión que dicha circunstancia podría provocar, en el sentido de que si todos los sujetos que intervienen en las relaciones laborales, empresarios y trabajadores, ya sean hombres o mujeres, contemplan la responsabilidad de la familia como una contingencia que les afecta directa o indirectamente a todos, se ejercería más presión para que los poderes públicos atendieran dicha necesidad, porque se consideraría una necesidad de todos, una necesidad social y no sólo de las mujeres.

Este planteamiento que roza la excesiva simplicidad no es el que existe actualmente ni en la sociedad ni en los mercados de trabajo, y aunque no es el único elemento determinante de los salarios de los trabajadores, sí es un elemento a tener en cuenta para evitar los desajustes económicos que se producen entre mujeres y hombres.

Continuando con la labor de la OIT y la protección de la igualdad en materia de empleo debemos señalar que, a pesar de las apariencias, su contenido no ha variado demasiado por el transcurso de los años, ya que como acabamos de comprobar los aspectos salariales eran los únicos garantizados a mediados del

¹⁸⁵ Y todo ello en sentido contrario a lo señalado en el artículo 4 del Convenio nº 103, ahora ya no se excluye al empresario como responsable económico de la protección. Todo ello para conseguir que las cargas familiares no sean un lastre para que las mujeres puedan llegar a ser igual de competitivas que los hombres.

siglo XX (1951) y han continuado siéndolo. Unos años más tarde, en 1958, se aprueba el Convenio n° 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, y lo único que se añade respecto del convenio anterior es la posibilidad de adoptar medidas de acción positiva. En concreto el artículo 5 señala que los Estados partes podrán definir como no discriminatorias "*cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial*".

Por otra parte, el interés de este Convenio se produce porque de forma acertada plantea la posibilidad de que los Estados, en uso de su soberanía, atiendan a las condiciones particulares de su sociedad, y aunque esto va a suponer falta de homogeneidad en esta materia parece que al mismo tiempo habilita para tener en cuenta la situación de la mujer y del hombre en ese país, el contexto social existente, la formación de las familias, etc. Además se deberán tener en cuenta las posibilidades económicas del Estado en cuestión para asumir un mayor gasto público en esta materia¹⁸⁶.

Esta norma a su vez es completada con la Recomendación n° 111 (1958) sobre la misma materia y que aclara algunas de las cuestiones planteadas en el Convenio, por ejemplo, los principios que deben inspirar las políticas nacionales encaminadas a hacer efectivo este objetivo de la igualdad de trato en términos amplios, en el acceso al empleo y la formación, en el sistema de ascensos, en la seguridad en el empleo, etc. Aunque también es cierto que no aporta, desde el punto de vista sustancial, ninguna previsión nueva.

Para la satisfacción de esta igualdad de trato en términos amplios, es necesario dotar a los actores, hombres y mujeres que intervienen en el mercado de trabajo, de herramientas eficaces para su consecución. Y así lo ha puesto de manifiesto la OIT al señalar que "*el derecho a la licencia parental (permiso a largo plazo para que los padres puedan cuidar a un recién nacido o a niños de corta edad) suele considerarse como un medio importante de conciliar la vida profesional y familiar. Por supuesto, los niños son los primeros beneficiarios, pero también lo son los trabajadores, los empleadores y la sociedad en su conjunto*"¹⁸⁷. Tampoco puede olvidarse, como señala la OIT, que "*entre los países que prevén licencias parentales pueden encontrarse importantes diferencias en las condiciones de la licencia, el pago de las prestaciones y el grado de flexibilidad que se concede a los padres*"¹⁸⁸.

En relación con esta última previsión, pueden destacarse varios elementos. En primer lugar señalar como la eficacia de la medida en cuestión

¹⁸⁶ Sobre este Convenio puede consultarse además TOMEI, M. "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo". *Revista Internacional del Trabajo*, n° 4 de 2003, pág. 441-460.

¹⁸⁷ Informe presentado en la 87.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. Informe V. Punto 7. <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/new/index.htm>.

¹⁸⁸ Informe presentado en la 87.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 7.

dependerá de la garantía, en cuanto remuneración, que acompañe a la correspondiente licencia.¹⁸⁹ A esto debe añadirse la posibilidad de que el período durante el cual se abonen dichas cantidades resulte ser inferior respecto al período de disfrute de la licencia, por no cumplir todos los requisitos legales del país en cuestión, lo que supondría una pérdida económica para el beneficiario. Debemos tener en cuenta que la propia OIT ha manifestado que es preciso dejar a los países un margen de maniobra para que adapten a sus posibilidades económicas los requisitos para el disfrute por los trabajadores de licencias remuneradas, en el sentido de someterlas o no -por ejemplo-, a una antigüedad mínima en el mercado de trabajo, de condicionarla a un tipo de contrato de trabajo, etc. Además de ser de su competencia también la fijación de las cantidades que se entregan como renta de sustitución.

Por otra parte, y aunque se trata de una materia que analizaremos en la siguiente política, debemos destacar que el disfrute de estas licencias es *“un derecho familiar que ha de compartirse entre la madre y el padre”*¹⁹⁰. No obstante, es habitual que en aquellos países en los cuales los ordenamientos jurídicos permiten el disfrute de estos permisos a hombres y mujeres, sean éstas últimas quienes los solicitan y disfruten mayoritariamente¹⁹¹.

La razón de este comportamiento es fácil de adivinar, la permanencia de los roles sociales que tradicionalmente han asumido hombres y mujeres. A esto se añade el hecho de que *“las desigualdades entre los sexos que trae consigo el mercado laboral, y la propia estructura de las licencias, contribuyen a que los hombres no hagan valer sus derechos con demasiada frecuencia. En la mayor parte de los casos, los padres solicitan una licencia parental sólo cuando existe un nivel relativamente elevado de compensación por la pérdida de ingresos. Habida cuenta de que las estructuras del empleo y salariales siguen tendiendo a favorecer a los hombres, la pérdida de los ingresos del padre supone una carga económica más grande para la familia, y resulta difícil de subsanar. Además, dado que el modelo que predomina en la mayor parte de los países se basa en conceder una prestación uniforme baja, la licencia parental que actualmente brinda es una opción viable sólo para las familias que no sean monoparentales y que pertenezcan a la clase media alta”*¹⁹².

¹⁸⁹ Según la OIT *“los sistemas de concesión de licencias se dividen básicamente en remunerados y no remunerados. Cuando (estos) sistemas no garantizan ninguna remuneración, es difícil (y aun imposible) que los trabajadores con bajos salarios puedan beneficiarse de ellas. En 11 de los 36 países en los que se ha observado que se han promulgado reglamentos sobre licencias parentales, los padres tienen que ser autosuficientes para poder beneficiarse de una licencia, ya que el Estado no les proporcionará ningún tipo de ayuda económica. La mayor parte de los demás países proporcionan ya sea una tasa fija mal remunerada o un porcentaje del salario”*. Informe presentado en la 87 a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 7.

¹⁹⁰ Informe presentado en la 87 a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *Ibidem* Punto 7.

¹⁹¹ Según datos aportados por la OIT de los estudios realizados en Alemania, Dinamarca, Finlandia y Noruega se extrae que menos de un 5 por ciento de los padres que tienen derecho a obtener una licencia parental la solicitan. Informe presentado en la 87 a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *Ibidem*. Punto 7.

¹⁹² Informe presentado en la 87 a. Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *Ibidem* Punto 7.

En este párrafo se hace referencia a una solución que ya ha sido puesta en práctica en algunos territorios¹⁹³, nos referimos a las medidas de acción positiva a favor de los varones y que consisten en el abono de cantidades económicas más elevadas que a las mujeres que disfrutaban de ciertas licencias. Se trata de estimular económicamente la solicitud de esas licencias por parte de los hombres, respecto de los cuales se puede comprobar que constituyen un colectivo infra-representado en la atención de las responsabilidades familiares, por ello se les concede una ventaja de salida superior a la que concede a las mujeres que se encuentran en la misma situación.

Se trata de incidir en la parcela privada de los hombres, hasta ahora huérfana de protección, acudiendo para ello a una solución económica. Con esta propuesta se desincentiva que en el seno de las familias sean siempre las mujeres las que disfrutan de estas licencias, y ello basándose en criterios objetivos como son los escasos medios que los ordenamientos proporcionan al colectivo de varones para que atiendan las responsabilidades familiares, así como el mantenimiento respecto de los mismos de sus roles tradicionales.

Podría parecer que estamos defendiendo con esta postura el mantenimiento de una discriminación sin justificación respecto a las mujeres, cuando sin embargo lo que pretendemos es el equilibrio de las cuatro parcelas que hemos defendido en este trabajo y para ello la parcela privada de los hombres necesita de medios especiales. Y todo esto porque la estructura actual de las licencias no responde a la necesidad de articularlas como derechos individuales y no transferibles de cada uno de los padres, ni tampoco atiende a los diferentes modelos de familia que hoy conviven en la sociedad¹⁹⁴.

La propia OIT ha señalado que *“conviene distinguir entre las exigencias fisiológicas del embarazo y del parto, que sólo conciernen a la mujer, y el cuidado y alimentación de los niños, que pueden ser compartidos por hombres y mujeres”*¹⁹⁵. Por tanto, la OIT aboga por diferenciar entre maternidad y responsabilidades familiares, y entre hombres y mujeres a la hora de diseñar los medios de protección de los mismos.

Cualquier medida legal que tenga vocación de eficacia debe realizar esta diferenciación y aportar medios para responder a las necesidades del individuo en cada una de las circunstancias en las que puede encontrarse. En resumen, esto es lo que se propone desde el Feminismo de la Diferencia respecto de esta materia.

¹⁹³ Concretamente a nivel regional y en el País Vasco. Decreto 177/2002 de 16 de julio, por el que se regulan las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar.

¹⁹⁴ Así lo ha puesto de manifiesto también la OIT.

¹⁹⁵ Continúa diciendo la OIT que según se *“advierte en un informe de un sindicato africano, si bien la naturaleza dicta que sólo las mujeres puedan tener hijos, no hay nada natural en el hecho de que, en muchas sociedades, se espera que las mujeres asuman ellas solas la responsabilidad de educar a los hijos. En concreto, las mujeres que ejercen un trabajo remunerado se enfrentan a la difícil tarea de cumplir la doble función de madres y de trabajadoras”*. Informe presentado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 7.

4.5. Salud Laboral y género en el Derecho Internacional del Trabajo

En las páginas que siguen vamos a centrarnos en el tratamiento del género y de la Salud laboral a nivel internacional. Una primera aclaración que debemos realizar es la relativa al propio concepto de salud que vamos a utilizar en el presente estudio, ya que la salud de las personas que trabajan dentro y fuera del hogar excede del ámbito propiamente laboral y forma parte de la esfera no sólo privada sino personalísima de todo individuo, de su derecho a la integridad física, de ahí que también resulte más difícil su atención por las normas laborales. En concreto, en el presente estudio vamos a centrarnos en la protección de la salud pero sólo en aquellos aspectos relacionados con la maternidad, es decir, con la protección de la mujer durante el embarazo, después del parto y en el período de lactancia del menor.

Esta delimitación que hemos hecho puede llevar a la conclusión de que sólo los aspectos puramente biológicos de la mujer deben ser estudiados. Sin embargo y aunque en parte sea cierto cuando estudiemos el embarazo propiamente dicho, no ocurre lo mismo con la situación que se genera tras el parto y en el período de lactancia. En estas últimas situaciones no podemos considerar que el único bien jurídico que deber ser protegido por la norma es la maternidad, sino que por el contrario concurren otros bienes jurídicos como las responsabilidades familiares que se generan a partir del momento del parto, y en relación con las cuales la salud debe ser protegida tanto para mujeres como hombres, fundamentalmente en aquello que difieren.

Este planteamiento no ha sido asumido por las normas internacionales que protegen la salud de las personas que trabajan, aunque podamos encontrar alguna referencia a las obligaciones familiares en sentido amplio. Por tanto, vamos a partir de la base de que la actual protección se centra básicamente en la maternidad y que esta configuración no es la defendida por el Feminismo de la Diferencia, el cual apuesta por la delimitación anterior centrada en hombres y mujeres, siendo esta ausencia de diferenciación la primera razón que encontramos para su estudio.

En segundo lugar y como ha señalado algún autor el interés de esta materia se debe a la consideración de que “[...]la seguridad y salud de las trabajadoras está estrechamente vinculada con la lucha por la igualdad en el trabajo: una distribución desigual del trabajo implica riesgos diferenciados, y un acceso desigual al poder (en el terreno empresarial, sindical y político) supone una invisibilidad mayor de los riesgos de las trabajadoras”¹⁹⁶.

A pesar de esta constatación, lo cierto es que la protección internacional de la salud de la mujer trabajadora lejos de abordar otras cuestiones que afectan a

¹⁹⁶ CAMAS RODAS, F. comenta palabras de Vogel, concretamente de su obra “¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa”, en *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo blanch, Valencia, 2003, pág. 321.

la salud del trabajador en general y, en particular de la mujer, como son la doble jornada de trabajo, los agentes externos al entorno de trabajo, etc.,¹⁹⁷ se ha centrado, como ya hemos dicho, en la protección de la maternidad¹⁹⁸, lo que ha tenido como efecto una sobreprotección del colectivo femenino, dando lugar a discriminaciones positivas que la han excluido, no sólo temporalmente, de determinados trabajos por considerarlos especialmente penosos o peligrosos¹⁹⁹.

En cualquier caso, es preciso reconocer la dificultad de proteger dos derechos fundamentales como son la salud y la igualdad de trato por razón de sexo de forma armoniosa, sin que ninguno de los dos resulte perjudicado en mayor medida respecto al otro²⁰⁰. Ambos son derechos fundamentales de la persona que en este caso concreto deben ser ponderados.

Un tercer motivo para el estudio de esta materia es la relación existente entre la normativa protectora de la salud laboral y la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras²⁰¹, en el sentido que va a ser analizado en la última política que hemos elegido para estructurar nuestra investigación, concretamente cuando analicemos la tipología de permisos que existen para facilitar a las personas que trabajan doblemente la compatibilidad de las responsabilidades familiares y las profesionales²⁰². En algunas de estas licencias encontraremos la necesidad de proteger la salud, normalmente de la mujer,

¹⁹⁷ Así lo pone de manifiesto BARAÑANO, M. "Mujer, trabajo y salud" en la obra colectiva del mismo nombre. Editorial Trotta, Madrid. 1992, pág. 28 y ss. Esta misma autora señala que "los riesgos profesionales, la exposición a sustancias peligrosas y tóxicas, las condiciones de trabajo y el ambiente laboral, afectan, en líneas generales, por igual a ambos sexos. Sin embargo, determinadas funciones biológicas son privativas de la mujer y pueden resultar alteradas o puestas en peligro con ocasión del desempeño de una actividad laboral. En este sentido, se mencionan, clásicamente, el embarazo, la menstruación y la lactancia de los hijos.". pág. 35. En parecidos términos también se pronuncia PÉREZ DEL RÍO, T. "Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de seguridad e higiene en el trabajo", en la obra colectiva *Mujer, trabajo y salud*. BARAÑANO, M. (coordinadora). op. cit., pág. 114.

¹⁹⁸ Sobre la duración de la licencia de maternidad en algunos países puede consultarse el Informe presentado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. op.cit. Punto 3. Resulta llamativo cómo algunos países han mejorado el mínimo previsto por el Convenio, por ejemplo Rusia (20 semanas), Italia (5 meses), Hungría (24 semanas), Croacia (6 meses y 4 semanas), República Checa (28 semanas), Noruega (38-48 semanas), Australia (52 semanas). Asimismo, existen diferencias entre los países en cuanto a los descansos obligatorios.

¹⁹⁹ Como señalan MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEÁ, A. "La protección de la maternidad, en términos de seguridad y salud, sin embargo no puede dar lugar a un exceso de protección pues ello puede ocasionar, en la práctica, una barrera, o un efecto discriminatorio hacia la mujer". "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de Riesgos Laborales". *Aranzadi Social*, Tomo V. 1997, pág. 479.

²⁰⁰ Sobre esta materia también se ha pronunciado ARCE, J.C al señalar que "[la directiva 92/85], no es estrictamente, una norma para la aplicación del principio de igualdad de trato, pero sí es, en cualquier caso, una norma que se orienta a evitar la discriminación por razón de la naturaleza biológica de las mujeres, para que la maternidad no suponga un obstáculo en su presencia en el mundo del trabajo ni esta maternidad pueda utilizarse como elemento de perjuicio de la madre o de la embarazada". *El trabajo de las mujeres en el Derecho comunitario*. Tirant lo blanch, Valencia 1999, pág. 79.

²⁰¹ No es sólo que nosotros consideremos que la salud laboral, en aquellos aspectos protectores de la maternidad y las responsabilidades familiares, esté relacionada con nuestro objeto de investigación, también lo ha entendido así el propio Estado español, o al menos eso parece, ya que en lugar de realizar una transposición independiente de la Directiva 92/85 en una norma nacional propiamente protectora de la salud de los trabajadores, lo ha hecho en parte en la Ley 39/1999 de Conciliación de la vida familiar y laboral En parecidos términos se pronuncia MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. *Maternidad y Salud Laboral, la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en periodo de lactancia*. Tirant lo blanch, Valencia. 2000, pág. 11.

²⁰² Sobre esta relación entre salud y responsabilidades familiares puede consultarse ALONSO RODRIGO, E. SERRENO ARGÜESO, M. y TOMÁS MARTÍNEZ, G. al señalar que "[...] las responsabilidades familiares unidas a las condiciones de trabajo de las mujeres producen mayores riesgos e inciden en la salud de las trabajadoras, teniendo

como motivo para su existencia, sin embargo en otros no es está la razón de fondo que los justifica aunque su configuración real arroje este resultado.

A todo esto se añade un último elemento que justifica el estudio de la salud laboral de las mujeres trabajadoras, nos referimos al hecho de que cualquier medida de protección de la salud del trabajador suele llevar aparejado un coste económico a soportar por el empresario o bien por el propio Estado a través del sistema de Seguridad Social. Esto último va a influir en la creación de empleo, en su mantenimiento, en la calidad de éste y, en definitiva, en la posición de la mujer en el mercado de trabajo y en la existencia de medidas para conciliar trabajo y familia.

Partimos por tanto de la idea de que la principal cuestión protegida en el seno de esta política es la maternidad, y que sólo residualmente se atiende a las responsabilidades familiares en sentido amplio atribuyéndolas normalmente a la mujer²⁰³, siendo esto criticado por el Feminismo de la Diferencia que apuesta por una separación y aclaración de ambos aspectos para que puedan ser protegidos adecuadamente teniendo en cuenta además la salud de los hombres.

Para comprobar lo dicho en los párrafos anteriores basta con analizar algunos de los documentos internacionales más importantes aprobados hasta la fecha, este es el caso de la Carta Social Europea aprobada por el Consejo de Europa²⁰⁴ en 1961 y en la cual se señala que deben establecerse "*limitaciones al trabajo de la mujer cuando éste resulte perjudicial para la maternidad o la atención de las responsabilidades familiares*"²⁰⁵.

La primera duda que surge tras la lectura de este párrafo es qué ocurre con la salud y las responsabilidades familiares de los varones. Esta ausencia también se comprueba cuando la misma norma reconoce el derecho a un descanso retribuido de 14 semanas, garantiza a las madres tiempo libre suficiente para cuidar de sus hijos, y prohíbe el trabajo subterráneo de la mina para las

como consecuencia el estrés derivado de la organización del trabajo, dolores musculares, ansiedad, depresión, falta de ovulación, trastornos en la menstruación, esterilidad y abortos." "Mujer y Trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social". Revista del Centro de Estudios Financieros: Trabajo y Seguridad Social, nº 261, diciembre de 2004, pág.11.

²⁰³ Como señala CAMAS RODAS, F. "[...] tanto la OIT como la Unión Europea carecen de normas en materia de seguridad y salud laboral dedicadas específicamente a la situación de las trabajadoras en el trabajo, simplemente dedican su atención a las cuestiones relacionadas con las situaciones de maternidad. Por otro lado, cuando se ha pretendido proteger de forma neutra a todos los trabajadores en general, como por ejemplo, en la Directiva 89/391/CEE, relativa a la promoción de la mejora de la seguridad y salud en el trabajo, se ha acabado excluyendo directamente a determinadas actividades ocupadas en su inmensa mayoría por trabajadoras, como lo es el trabajo doméstico." . op. cit., pág. 322. Además "podemos definir la carga de trabajo como el conjunto de requerimientos físicos y mentales a los que se ve sometida la persona durante la jornada laboral. En toda actividad en la que se requiere un esfuerzo físico se consume energía y aumentan los ritmos cardíaco y respiratorio; estos parámetros son los que sirven para determinar el grado de penosidad de una tarea." NOGADERA CUIXART, S. y NOGADERA CUIXART, C. Ficha técnica NTP 413 publicada en la página web: www.mtas.es/insht/index.htm. martes 7 de octubre de 2003.

²⁰⁴ El Consejo de Europa es una organización política fundada en 1949, distinta de la actual Unión Europea de los 25, aunque ningún país se ha adherido nunca a la Unión sin antes estar en el Consejo de Europa. <http://www.coe.int/> de 3 de mayo de 2006.

²⁰⁵ Aún así recordar la eficacia de este tipo de normas como ha sido puesto de manifiesto en el Capítulo II, además de su fecha de aprobación.

mujeres embarazadas, que hayan dado a luz en fecha reciente o se encuentren en período de lactancia. Como puede comprobarse se van mezclando aspectos puramente biológicos de la maternidad como puede ser la salud de la madre o el feto cuya protección en exclusiva tiene sentido, con otros aspectos como las responsabilidades familiares que no tienen que ser exclusivos de la mujer, este es el caso del tiempo libre que se garantiza a las mujeres para que cuiden de sus hijos.

Esta labor comentada se prosigue por otros dos textos de gran importancia aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por un lado, con el Pacto Internacional sobre Derechos económicos, sociales y culturales firmado en el año 1966; y por otro lado, con la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer firmada en Nueva York en 1979.

Comenzaremos el estudio por la primera de estas disposiciones. En concreto el artículo 7 de este Pacto reconoce el derecho de todos los trabajadores a la seguridad e higiene en el trabajo, y ya de forma más específica, en su artículo 10.2, prevé una especial protección para las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del nacimiento del hijo, lo que se traduce en licencias remuneradas que además deben ir acompañadas de una adecuada protección de Seguridad Social.

Por su parte la Convención reconoce de forma genérica, en su artículo 11, el compromiso de los Estados partes para adoptar medidas que hagan posible la igualdad entre hombres y mujeres en la esfera del empleo, y de forma particular reconoce el derecho de la mujer trabajadora a la protección de la salud y la seguridad en las condiciones de trabajo, incluida la salvaguardia de la función reproductora. Además reconoce el derecho a una licencia retribuida por maternidad, así como la necesidad de otorgar una protección especial a la mujer durante el período del embarazo en aquellos tipos de trabajo en los que se haya probado que pueden resultar perjuicios para ella (artículo 11)²⁰⁶.

En esta última disposición sólo se contempla a las mujeres y se hace en relación exclusivamente a la maternidad, sin que las responsabilidades familiares en sentido amplio se les atribuyan como en la norma anterior. Se trata de un ejemplo del comportamiento habitual descrito anteriormente, en el cual esas obligaciones familiares no son tenidas en cuenta en las normas que regulan algún aspecto de la salud laboral.

La conclusión que se extrae del examen de estas tres normas internacionales protectoras de los Derechos Fundamentales de la persona -en concreto

²⁰⁶ Todo ello estará sujeto a la oportuna actualización, ya que en el artículo 11.3 de la Convención se dice que *"la legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en el artículo (sobre empleo y maternidad) será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada, según corresponda"*. Sobre este artículo declaran RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y FERNANDEZ LOPEZ, M.F. que *"la legislación protectora (no contemplada en el artículo 4 de la Convención) habría de considerarse en principio como discriminatoria e incompatible con ella, tal y como se intentó que dijera expresamente la Convención; sin embargo, aunque sólo relacionado con el empleo y trabajo, el artículo 11. 3 establece una solución más matizada y gradual de revisión crítica (y posible reducción progresiva) de la legislación protectora"*. *Igualdad y discriminación*. Temas Clave de la Constitución Española, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, págs 106 y 107.

desde la perspectiva defendida por el Feminismo de la Diferencia- es que hombres y mujeres no son considerados sujetos destinatarios de la protección ofrecida, y que ésta resulta insuficiente no sólo por la vaguedad de las declaraciones que se realizan, sino por no contemplar todas las situaciones en las que esos hombres y mujeres se pueden encontrar. Es evidente que no se protege la salud desde la perspectiva del individuo teniendo en cuenta sólo la maternidad como contingencia que afecta únicamente al estado físico de las mujeres en un momento puntual de sus vidas²⁰⁷.

Un avance en estos planteamientos se produce, aunque de forma limitada, con las normas aprobadas por la OIT para proteger específicamente la maternidad²⁰⁸. En concreto, el Convenio nº 3 de la OIT de 28 de noviembre de 1919²⁰⁹, define qué debe entenderse por mujer a los efectos de la protección que dispensa, estableciendo así un ámbito de aplicación personal suficientemente amplio²¹⁰. A esta definición el Convenio nº 103²¹¹ añade algunos elementos importantes, por ejemplo, introduce como causas que no justifican distinción alguna, la raza o las creencias religiosas²¹². Pero la definición definitiva la aporta el Convenio nº 183²¹³ que incorpora además la definición de hijo, considerando que en dicho concepto deben incluirse todos los hijos de la mujer "sin ninguna discriminación".

Este último convenio establece además la prohibición de trabajar en las seis semanas siguientes al parto, así como el derecho a abandonar el trabajo cuando se prevea la proximidad del nacimiento, se garantizan asimismo los descansos por lactancia durante la jornada de trabajo, tras su reincorporación al puesto de trabajo y se declara que estos últimos se computaran como tiempo

²⁰⁷ Puede consultarse AA.VV. "Permisos por maternidad retribuidos". Oficina Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/new/index.htm>. 8 de noviembre de 2005.

²⁰⁸ Sobre esta materia puede consultarse MONTOYA MELGAR, A. y PIZÁ GRANADOS, J. *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*. Mc-Graw-Hill. 1996, Madrid, págs. 39 a 46.

²⁰⁹ Fue ratificado por España el 4 de julio de 1923.

²¹⁰ Se trata de un concepto amplio que engloba a "toda persona del sexo femenino, cualquiera que sea su edad o nacionalidad, casada o no". Artículo 2 del Convenio nº 3. Como ha señalado la OIT, en las legislaciones nacionales el concepto mujer a efectos de esta protección suele definirse en términos amplios, "aunque se han observado ciertas restricciones en la legislación de algunos países. Algunos establecen un límite de edad para tener derecho a las prestaciones, aunque en general estos límites corresponden o son superiores a la edad de procrear. Por ejemplo, [...] así sucede respecto a las condiciones exigidas para poder recibir prestaciones en dinero en Dominica, donde las mujeres de edades comprendidas entre 16 y 60 años pueden beneficiarse de dichas prestaciones; en la República Dominicana, donde pueden beneficiarse de ellas las mujeres de edades comprendidas entre 14 y 60 años; y en Finlandia, donde pueden beneficiarse de las mismas las trabajadoras de edades comprendidas entre 16 y 64 años. Hay además, otras restricciones que pueden aplicarse a las mujeres que reúnen los requisitos prescritos. En países como Sudáfrica, las mujeres cuyo salario sea demasiado elevado pueden quedar excluidas del ámbito de aplicación. En Paraguay quedan excluidas las mujeres que trabajan en cargos de alta dirección, y en Singapur las mujeres que trabajan en puestos de dirección. En algunos países, el derecho a una licencia de maternidad puede limitarse a un cierto número de embarazos. En ciertos casos, se niegan los derechos de protección de la maternidad a las mujeres embarazadas que no estén casadas. (p.e a las profesoras de Trinidad y Tabago)" Informe presentado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. op. cit. Punto 2._

²¹¹ Firmado en el año 1952.

²¹² Artículo 2 del Convenio OIT nº 103.

²¹³ Firmado en el año 2000.

de trabajo y serán retribuidos (dos descansos de media hora)²¹⁴. Esto mismo se reproduce en el Convenio n° 103 de la OIT firmado unos años antes y también sobre protección de la maternidad como estamos comprobando²¹⁵.

Por su parte la Recomendación n° 95 (1952), protege la salud de las mujeres durante la maternidad y la lactancia prohibiendo la realización de trabajos nocturnos, horas extraordinarias y de trabajos especialmente peligrosos o penosos. Esa prohibición de trabajo nocturno²¹⁶ también se contempla en el Convenio n° 4 de la OIT²¹⁷ y en el Protocolo firmado en el año 1990 sobre el Convenio n° 89 de la OIT²¹⁸ relativo al trabajo nocturno de las mujeres²¹⁹.

Como se observa en todos los documentos internacionales citados, se fijan limitaciones al trabajo de la mujer, fundamentadas éstas en la protección de su salud o del feto, bien en las últimas semanas del embarazo, bien en las primeras después de éste una vez haya nacido el hijo. Esta regulación tiene sentido ya que se trata de una situación especial y diferenciada en la que sólo pueden encontrarse las mujeres, aunque no puede decirse lo mismo del trabajo nocturno que plantea dudas sobre su protección en exclusiva para las mujeres²²⁰.

²¹⁴ En cuanto a la protección de la salud de la madre y del hijo puede consultarse el Informe presentado en la 87.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 6. En cuanto a la reducción de jornada por lactancia, España no ha mejorado el mínimo previsto en las normas internacionales que prevén dos descansos de media hora computables como tiempo de trabajo remunerado. Otros países, como Indonesia y Suiza son más generosos y destinan a este menester "el tiempo libre que se necesite". "En los Países Bajos se conceden dos interrupciones de 45 minutos si en el establecimiento hay salas especiales, pero si la madre tiene que volver a casa para amamantar tiene derecho a la cuarta parte de su tiempo habitual de trabajo. En Italia y Venezuela, la disposición reglamentaria de dos interrupciones de 30 minutos se amplía hasta dos interrupciones de una hora cada una si no hay guardería en el lugar de trabajo" Resulta curioso como en algunos países el ordenamiento jurídico obliga a los empresarios a tener salas especiales donde las mujeres trabajadoras puedan atender a sus hijos lactantes, por ejemplo, China. En otros países, esta obligación está supeditada al número de trabajadoras existentes en la empresa, por ejemplo, Egipto, Madagascar, Nicaragua, Costa Rica, etc.

²¹⁵ Ratificado por España el 17 de agosto de 1965, con excepción a las personas a las que se refiere el artículo 7.1 b).

²¹⁶ Como señala CAMPOY MARTIN, M. R. "en 1978 se celebró en Ginebra una reunión consultiva tripartita sobre el trabajo nocturno, dado que tras largos debates [...] no había unanimidad en cuanto a la oportunidad de una nueva acción normativa de la OIT en esta materia. Si bien algunos participantes se mostraron a favor de estas normas, no hubo acuerdo sobre la forma que se debía dar al nuevo acuerdo. Por otra parte, las mujeres que trabajan en sectores esenciales como teléfonos y sanidad quedaron siempre fuera del campo de aplicación de estas disposiciones. [...] Las razones que se han aducido a favor de la introducción y/o el mantenimiento del trabajo nocturno han sido principalmente de dos tipos. De un lado se ha argumentado su inevitabilidad en el sector que precisamente ha experimentado una mayor expansión en los últimos tiempos, esto es, los servicios, como sucede paradigmáticamente en el caso de la sanidad, donde la asistencia no puede sufrir interrupciones. De otro, se ha hecho mención a la necesidad de aprovechar al máximo la capacidad productiva de equipos, y de hacer posible en consecuencia su funcionamiento durante las veinticuatro horas del día. [esto repercute negativamente en el trabajador], la trabajadora/or obligado a trabajar de noche y a dormir de día padece una doble molestia, puesto que debe efectuar su labor cuando su sistema nervioso central se encuentra en un período de inactividad relativa, y debe tratar de conciliar el sueño en el período natural de actividad de aquél. [...]" "Salud y trabajo nocturno" en la obra colectiva *Mujer, trabajo y salud*. BARAÑANO, M. (coordinadora). *op. cit.*, pág. 126 y 127.

²¹⁷ Ratificado por España el 29 de septiembre de 1932.

²¹⁸ Este Convenio es de 1948 y ha sido denunciado por España con fecha de 27 de febrero de 1992.

²¹⁹ En este documento se señala la posibilidad de que se reconozcan a nivel nacional excepciones a la prohibición de trabajo nocturno, pero que en ningún caso podrán aplicarse a las mujeres "durante un período antes y después del parto. Este período será por lo menos de 16 semanas, de las que al menos ocho serán antes de la fecha presunta del parto. La legislación nacional podrá permitir que sea levantada dicha prohibición si la trabajadora lo solicita expresamente, y a condición de que no exista peligro para su salud, ni para la de su hijo".

²²⁰ POLITAKIS, G. "Trabajo nocturno de la mujer. El doble anhelo protección-igualdad". *Revista Internacional del Trabajo*, Volúmen. 120, n° 4, 2001, págs. 469-496.

Esto último se encuentra íntimamente relacionado con una reflexión que hemos realizado en páginas previas y es la relativa a que una sobre-protección de la mujer la convierte en un sujeto poco interesante desde la perspectiva del empleador, al estar sometido su trabajo a mayores limitaciones. Por ello, en la actualidad existe una mayor flexibilidad sobre este aspecto, ya que los Estados pueden optar o bien entre mantener esta prohibición de trabajo nocturno para las mujeres pero con limitaciones a esa prohibición -por ejemplo, se le permite a la mujer renunciar a este beneficio-, o bien establecer previsiones de protección de la salud laboral pero de los trabajadores de ambos sexos.

Esta solución es la defendida por el Feminismo de la Diferencia que propone contemplar a todos los individuos, cada uno con sus peculiaridades, y que por tanto la regulación contemple esas diferencias sin excluir a ningún colectivo. No podemos obviar la influencia que en la actualidad las formas de vida y trabajo están ejerciendo en la capacidad reproductora del varón sometido a largas jornadas de trabajo, a estrés y a niveles de tensión importantes. Estas circunstancias sin embargo no aparecen contempladas en el Derecho Internacional que estamos estudiando.

Esos dos convenios anteriores (3 y 103) fueron revisados en el año 2000 dando lugar a la aprobación del Convenio nº 183 de la OIT²²¹ ya citado y en el cual se comprueba que existe un avance aunque no desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, y a pesar del momento histórico en el que se aprueba. En concreto este Convenio sobre la salud establece que *"todo Miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, deberá adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleva un riesgo significativo para la salud de la madre o del hijo"*.

Podemos destacar varios aspectos sobre esta normativa internacional. Primero, el importante papel que los representantes de trabajadores y empresarios están llamados a desempeñar también en esta materia, la cual debe ser protegida fundamentalmente a través de dos pilares básicos el legislativo y el correspondiente al diálogo social²²².

En segundo lugar, el doble nivel de protección que se fija, uno reactivo otro preventivo. El primero mediante la fórmula de garantizar a la mujer que no será obligada a trabajar si el puesto a desempeñar es perjudicial para ella o su hijo. El segundo nivel, preventivo, cuando en los sistemas de evaluación de riesgos que deben existir en las empresas se constate que existe un riesgo "significativo" para la mujer o su hijo, en este caso ésta tampoco será obligada a

²²¹ No ratificado por España.

²²² Este último resulta tratado de forma crítica en relación con la política de empleo en RAMOS MARTÍN N.E. "El diálogo social en la Unión Europea". *Actualidad Laboral* 2000/3, págs. 553-571.

trabajar. De manera que no es necesario que se materialice el riesgo, es suficiente con que el mismo esté previsto²²³.

Esa postura preventiva es la que preside toda actuación de las instituciones internacionales, comunitarias e incluso nacionales, lo que desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia se valora positivamente, aunque se exige ser mucho más escrupuloso en la regulación que se realice. Esta exigencia se produce porque no sólo vamos a tener que tener presente al hombre y a la mujer como sujeto destinatario de la protección, sino que respecto a ellos tendremos que diferenciar entre maternidad y responsabilidades familiares, y además hacerlo para los supuestos en los cuales se materialice el riesgo que se contempla y para aquellos otros supuestos en los cuales existen indicios de que esa materialización se puede producir y, por tanto, hay que intervenir de forma previa para evitarlo.

Esta forma de intervención normativa no es la que se está llevando a cabo actualmente, aunque se sigue profundizando en la regulación de la salud de la mujer embarazada, y prueba de ello es el contenido de la Recomendación nº 191 también del año 2000 que desarrolla el Convenio 183 y declara expresamente que:

“Los Miembros deberían tomar medidas para garantizar la evaluación de todo riesgo para la seguridad y la salud de la mujer embarazada o lactante y de su hijo en el lugar de trabajo. Los resultados de dicha evaluación deberían ser comunicados a la mujer interesada. En cualquiera de las situaciones enumeradas en el artículo 3 del Convenio o cuando haya sido determinada la existencia de un riesgo significativo, a tenor de lo dispuesto en el subpárrafo 1), deberían adoptarse medidas para que, bajo presentación de un certificado médico, se ofrezcan las opciones siguientes: a) la eliminación del riesgo; b) la adaptación de sus condiciones de trabajo; c) el traslado a otro puesto, sin pérdida de salario, cuando dicha adaptación no sea posible, o d) una licencia remunerada otorgada de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, cuando dicho traslado no sea realizable. Además deberían adoptarse las medidas previstas en el subpárrafo 2) en particular cuando se trate de: a) todo trabajo penoso que obligue a levantar, cargar, empujar o tirar de cargas manualmente; b) todo trabajo que exponga a la mujer a agentes biológicos, químicos o físicos que puedan ser peligrosos para sus funciones reproductivas; c) todo trabajo que exija particularmente un sentido del equilibrio; d) todo trabajo que requiera un esfuerzo físico por exigir que la mujer permanezca sentada o de pie durante largos períodos o por exponerla a temperaturas extremas o a vibraciones. 4) Una mujer embarazada o lactante no debería estar obligada a realizar trabajos nocturnos si un certificado médico establece que ese trabajo es incompatible con su estado. 5) La mujer debería conservar el derecho a reincorporarse a su trabajo o a un trabajo equivalente tan pronto como ella deje de

²²³ Sobre este aspecto puede consultarse CASTEJÓN VILELLA, E. “La evaluación de riesgos: una reflexión”. *Revista Salud y Trabajo*, nº 111-112. 1995.

*encerrar un riesgo para su salud. 6) La mujer debería poder ausentarse de su trabajo, cuando corresponda, después de notificar a su empleador, con la finalidad de realizar controles médicos relativos a su embarazo*²²⁴.

Destacamos ese párrafo porque su contenido recuerda a la Directiva 92/85 que será analizada posteriormente, aunque ahora debemos apuntar algunos aspectos que deben ser tenidos en cuenta a partir de este momento de la investigación y que son la necesidad de que en la empresa exista:

- Evaluación de los riesgos específicos que afectan a la mujer embarazada o que se encuentra en periodo de lactancia, tanto físicos como psíquicos.
- Información a la trabajadora de los riesgos profesionales a los que puede estar sometida si se queda embarazada.
- Eliminación del riesgo cuando sea posible.
- Adaptación de condiciones de trabajo, de forma preventiva cuando no sea posible eliminar el riesgo.
- Cambio de puesto de trabajo si fuera necesario y sin pérdidas económicas.
- Dispensa de trabajo, también sin perjuicio económico para la mujer.
- Posibilidad de no realizar trabajos nocturnos, aunque no prohibición para ello.
- Conservación del puesto de trabajo en caso de traslado o dispensa de trabajo.
- Derecho a permisos para exámenes prenatales, aunque no se dice nada de la retribución durante los mismos.

Después de esta enumeración puede comprobarse cómo en el seno de la OIT existe una gran atención e incluso preocupación, por la protección de la salud de la mujer trabajadora y del hijo durante todas las situaciones relacionadas con la maternidad²²⁵, aunque desde la perspectiva que defendemos en

²²⁴ Además, puede destacarse la Recomendación nº 4 de 1919, sobre protección contra el saturnismo, donde se prohíbe el trabajo de las mujeres con materiales como el zinc o el plomo. El Convenio nº 13 de 1921, en el que se prohíbe el trabajo de las mujeres con la cerusa. La Recomendación nº 12 de 1921, que pretende extender la protección de la maternidad a las actividades agrícolas. El Convenio nº 45 de 1935 relativo al trabajo de las mujeres en lugares subterráneos. El Convenio nº 117 sobre Política Social de 1962, su artículo 14.4 establece que *“las disposiciones precedentes de este artículo no causarán menoscabo alguno a las medidas que la autoridad competente juzgue necesario u oportuno adoptar con objeto de proteger la maternidad, la salud, la seguridad y el bienestar de las trabajadoras.”* El Convenio nº 127 y la Recomendación nº 128 de 1967, que prohíben el trabajo de las mujeres en tareas de carga si existe un embarazo o durante los diez días siguientes al parto. El Convenio nº 136 de 1971 sobre prohibición de trabajar con el benceno para la mujer embarazada o lactante. La Recomendación nº 157 de 1977 sobre condiciones de trabajo del personal de enfermería, donde se prevé el cambio de puesto de trabajo para los padres que tengan hijos de corta edad y exista riesgo para su salud. La Recomendación nº 177 de 1990, que reconoce el mismo derecho que la anterior pero para los trabajos donde se manipulan productos químicos, etc. Sobre estas normas se ha pronunciado CAVAS MARTINEZ, F. *“Maternidad y Salud Laboral”*. *Revista Salud y Trabajo*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo (INSH), nº 113. 1996/1, Madrid, pág. 6.

²²⁵ MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. *Maternidad y Salud Laboral*. op. cit., pág. 15.

nuestro trabajo debamos criticar la limitación de la regulación que protege a la mujer y a las situaciones relacionadas principalmente con el embarazo, al quedar poco tratadas las responsabilidades familiares y excluidos los varones.

Al margen de estas medidas que hemos analizado, existen dos tipos de garantías que tienen una especial importancia en el ámbito de la protección de la salud laboral, de ahí que las analicemos de forma separada aunque forman parte del contenido de esos convenios ya estudiados, y del complejo normativo que protege la salud de la mujer embarazada o en periodo de lactancia. Nos referimos en primer lugar, a la garantía económica que debe existir para los supuestos en los cuales la mujer o bien se ve obligada a abandonar el puesto de trabajo por no ser posible su adaptación o traslado a otro puesto de trabajo, o bien disfruta del permiso de lactancia. Y en segundo lugar, a las garantías relacionadas con el mantenimiento del puesto de trabajo, en especial la prohibición de despido por motivos relacionados con el embarazo y la reserva del puesto de trabajo en caso de ausencia de la trabajadora.

En relación con las garantías económicas el Convenio nº 3 de la OIT señala expresamente que la trabajadora tendrá derecho a *“prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene”*, fijadas éstas por cada uno de los Estados Partes. Como es lógico serán los Estados los que fijen las partidas presupuestarias que destinarán a esta cuestión y, por tanto, los que fijen la garantía salarial para los supuestos que afecten a la mujer embarazada, además del coste para las empresas.

Sobre este último aspecto en el Convenio nº 103 de la OIT se señala que la protección económica y médica que se dispense a la mujer se hará con cargo a fondos ya sean de un seguro social obligatorio, ya sean de asistencia pública²²⁶, y en ningún caso, recaerá sobre el empresario el coste de estas prestaciones debidas a las mujeres²²⁷. En los mismos términos se pronuncian la Recomendación nº 95 y el Convenio nº 183²²⁸.

²²⁶ Según la OIT existen dos tipos básicos de regímenes de Seguridad Social. El primero, que prevé prestaciones médicas y en efectivo a todas las mujeres aseguradas, entre estos países se encuentra España. El segundo cubre a todos los residentes, pero puede tener un alcance diferente según se trate del suministro de atención médica o de prestaciones en efectivo. Informe presentado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 5.

²²⁷ Artículo 4 del Convenio nº 103. A pesar de esta previsión lo cierto es que en muchos países son los empresarios los que *“pagan la totalidad de las prestaciones de maternidad o una gran parte de éstas, en particular en los países en desarrollo donde los regímenes de seguridad social no están bastante desarrollados”*. Informe presentado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 5. Esto fomenta la falta de estímulo para la contratación de mujeres en estos países, a modo de ejemplo, puede citarse Arabia Saudita, Malasia, Malta, etc. Además, esta previsión del Convenio debe entenderse sin perjuicio de la posibilidad de mejorar el régimen legal por convenio colectivo y, por tanto, resultando obligado el empresario.

²²⁸ En cuanto a las prestaciones a las que la mujer debe tener derecho durante la licencia por maternidad se señala en la Recomendación nº 191 de 2000, que desarrolla el Convenio nº 183, que deberían *“elevarse a un monto igual a la totalidad de las ganancias anteriores o de las que se tomen en cuenta para calcular las prestaciones”*. A esto se añade en cuanto a las prestaciones en especie, que *“en la medida de lo posible, las prestaciones médicas previstas en el párrafo 7 del artículo 6 del Convenio deberían incluir: a) la asistencia de un médico de medicina general o de un especialista en su consultorio, a domicilio o en un hospital u otro establecimiento médico; b) la asistencia de maternidad de una comadrona diplomada o de otros servicios de maternidad a domicilio, o en un hospital u otro establecimiento médico; c) la estancia en un hospital u otro establecimiento médico; d) todos los productos, farmacéuticos y médicos, exámenes y análisis necesarios prescritos por un médico u otra persona calificada; e) y la asistencia odontológica y quirúrgica”*.

Por tanto y en resumen, podemos decir que según el Derecho Internacional analizado en los casos de adaptación de las condiciones de trabajo, traslado a otro puesto de trabajo por razones de salud y permiso de lactancia, es la empresa la que debe soportar el coste que estas medidas generan, ya que la mujer no puede ver perjudicada su retribución; y sin embargo en el caso de que no se pueda adaptar el puesto de trabajo de la mujer a sus concretas circunstancias, se suspenderá la relación laboral y nos encontraríamos en la situación calificada en algunos Estados Partes como riesgo por embarazo, la cual lleva aparejada una prestación de Seguridad Social con cargo al presupuesto estatal.

Por pura lógica económica ambas situaciones van a incidir en el volumen de empleo femenino, resultando la mano de obra femenina más cara desde esta perspectiva. Si bien en algunos de estos casos otra solución no es biológicamente posible, no ocurre lo mismo con algunas situaciones de disfrute del permiso por lactancia en las cuales ésta no se realiza directamente por la madre, sin que dicha circunstancia aparezca contemplada en los ordenamientos nacionales, ni tampoco como estamos comprobando en el ámbito del ordenamiento internacional.

Al margen de estos casos residuales lo cierto es que el control y protección de los riesgos que afectan a la maternidad propiamente dicha no pueden configurarse de otra forma que la analizada, al ser una circunstancia que afecta sólo a las mujeres. Desde el Feminismo de la Diferencia se acepta este aspecto y por ello se propone una protección específica para la mujer como la que acabamos de analizar, pero además se fomenta la ampliación del contenido de la normativa protectora de la salud de los trabajadores.

En concreto, esta ampliación se realizaría, por una parte, para los hombres respecto de los cuales se propone tener en cuenta las situaciones en las que los ritmos de vida afectan a la capacidad reproductora de los mismos y por extensión a la natalidad. Y por otra parte, se propone por este planteamiento feminista que se trate la salud de los padres y madres que tienen a su cargo hijos u otros parientes, o ambos, ya que estas responsabilidades están dificultando su rendimiento laboral, además de la imposibilidad de conciliar los tiempos de atención a la familia y al trabajo remunerado. No es residual el porcentaje de trabajadores sometidos a situaciones de estrés, ansiedad o incluso depresiones.

En las sociedades actuales es cada vez más frecuente encontrar estas situaciones que se han fomentado por la mayor incorporación de la mujer al mundo laboral, y por el desequilibrado reparto de responsabilidades en el seno

También la licencia por lactancia resulta mejorada en esta Recomendación, concretamente se señala que "sobre la base de la presentación de un certificado médico o de algún otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, el número y la duración de las interrupciones diarias para la lactancia deberían adaptarse a las necesidades particulares. Cuando sea posible, y con el acuerdo del empleador y de la mujer interesada, las interrupciones diarias para la lactancia deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada. Cuando sea posible, deberían adoptarse disposiciones para establecer instalaciones que permitan la lactancia en condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo". Por último, se prevén una serie de reglas para el disfrute de esta licencia de maternidad por parte del padre en caso de enfermedad o fallecimiento de la madre.

de las familias²²⁹. En definitiva, lo que se propone desde el Feminismo de la Diferencia es ampliar el contenido de la Política de Salud Laboral que hoy está centrada en los riesgos profesionales de algunas actividades²³⁰ que presentan mayor índice de siniestralidad.

En cuanto a las garantías para el mantenimiento del puesto de trabajo, hay que distinguir entre la prohibición de despido y la reincorporación al mismo puesto de trabajo. En relación con esta última ninguno de los Convenios de la OIT que hemos estudiado en este epígrafe la contemplan, sólo la Recomendación nº 95 recomienda considerar el descanso por maternidad a los efectos de la antigüedad, con reserva del puesto de trabajo o al menos de un puesto de trabajo equivalente en cuanto a la retribución. Ya hemos apuntado en alguna ocasión los inconvenientes que se plantean por contemplar aspectos de relevancia en este tipo de instrumentos normativos carentes de obligatoriedad para los Estados, y que dejan por tanto a la arbitrariedad y voluntad de éstos su regulación.

En cuanto a la primera garantía citada, la prohibición de despido, los Convenios nº 3 y 103 de la OIT señalan que durante el permiso de maternidad o en caso de ampliación de la ausencia al trabajo por motivos de enfermedad relacionados con el embarazo o el parto (con los límites temporales que fije cada Estado parte), el empresario no podrá "notificar" el despido a esa trabajadora, o en todo caso los efectos de dicho despido no podrán producirse en esos momentos de ausencia justificada de la trabajadora. Es decir, la protección se limita al periodo de disfrute del permiso de maternidad o al periodo de enfermedad motivada por ésta con posterioridad al parto, de manera que la mujer tiene que estar enferma para que en este segundo caso el empresario no pueda despedirla.

Por su parte el Convenio nº 183 a través del cual se revisaron los dos anteriores, da un paso más y además de prohibir al empresario que despidiera a una mujer que esté embarazada o disfrutando de la licencia de maternidad, añade "*o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia*". Es decir, se garantiza a la mujer al término de la licencia de maternidad que no se le notificará el despido cuando se reincorpore al trabajo.

Resultan evidentes las dudas interpretativas que pueden causar este tipo de cláusulas, que lejos de establecer una garantía firme para la mujer trabajadora permite interpretar que lo que se hace es retrasar la publicidad de la decisión empresarial de despedirla. Y esto a pesar de que en la Recomendación nº 95 de 1952 se establece una auténtica prohibición de despido por parte del

²²⁹ En este sentido puede consultarse la obra de BERNIS CARRO, C. *Cambios globales en los estilos de vida y sus consecuencias sobre la salud reproductora*. Universidad Autónoma de Madrid, 1995. BERNIS CARRO, C., LÓPEZ GIMÉNEZ, M.R., PRADO MARTÍNEZ, C. y SEBASTIAN HERRANZ, J. *Salud y género. La salud de la mujer en el umbral del siglo XXI*. Instituto Universitario de Estudios de la Mujer. Universidad Autónoma de Madrid, 2001.

²³⁰ FERNÁNDEZ MARCO, L. "El riesgo profesional en el Derecho Laboral en España y en Europa". *Revista Documentación Laboral*, nº 36, 1992, Madrid, págs.47-63.

empresario, ya que prevé que *“siempre que sea posible, el período antes y después del parto durante el cual sea ilegal para el empleador despedir a una mujer en virtud del artículo 6 del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952, debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de esa mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes después de la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 de dicho Convenio”*²³¹.

Esta duda interpretativa aun hoy se mantiene vigente en relación con la normativa internacional vinculante que hemos analizado, aunque ya en el orden comunitario y en los ordenamientos nacionales los legisladores se han ocupado de precisar este aspecto y aclarar que existe una auténtica prohibición de despedir por motivos relacionados con el embarazo de una trabajadora. Decimos que se mantiene en el ámbito internacional porque así lo ha puesto de manifiesto la propia OIT en la 87ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 1999.

En el informe elaborado para dicha revisión se declara expresamente por el Comité de expertos que lo elaboró que *“[...] la prohibición de despedir durante la licencia de maternidad, aun cuando sea absoluta, no garantiza a las mujeres sino una protección limitada: esta prohibición no las protege contra el despido durante el embarazo, ni cuando se reintegran al trabajo una vez finalizado el descanso de maternidad.”*

Y ello porque *“la protección contra el despido establecida en el Convenio n° 103 se presenta como uno de los elementos de la protección de la maternidad que ha experimentado más modificaciones en los Estados miembros, dado que la protección garantizada por los Estados en este ámbito se aleja cada vez más del planteamiento adoptado en el Convenio, y ello por dos razones: la primera, de orden histórico, es que el Convenio n° 103 se adoptó hace más de cincuenta años, en una época en que todavía no estaba plenamente desarrollada la protección de los trabajadores contra el despido, por lo que sólo hacía referencia a determinadas categorías de trabajadores, considerados especialmente vulnerables, y que necesitaban garantías especiales, como las mujeres durante el permiso de maternidad o los representantes sindicales. La segunda razón está estrechamente relacionada con el reconocimiento, cada vez más firme, de que la protección de la maternidad es una condición indispensable para llevar realmente a la práctica el principio de igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres”*²³².

²³¹ Punto IV de la Recomendación. Si bien esta Recomendación despeja algunas dudas interpretativas, presenta como inconveniente que dicha declaración se contenga en un documento carente de obligatoriedad para los Estados Partes, aunque también es cierto que no debemos interpretarla en solitario sino en consonancia con el Convenio al que completa, concretamente el n° 103. En este mismo sentido se expresa PRET-NGUY N, H.T. *op.cit.*, pág. 9.

²³² Ambas ideas han sido tomadas textualmente del Informe presentado en la 87ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 4. Aunque el momento histórico pueda ser una razón, esto resulta contradictorio con lo que veremos a continuación respecto a la Resolución n° 95 OIT.

De las palabras de este Comité de Expertos además podemos extraer otras ideas. En primer lugar, la limitada actualización del Convenio n° 3 que se realizó por el posterior Convenio n° 103 en el año 1952, al contemplar sólo la protección de la mujer una vez constituida la relación laboral y no el momento de acceso al mercado de trabajo²³³. La propia OIT ha señalado en relación con este aspecto que *“en ciertos países, los empleadores pueden exigir una prueba de embarazo negativa, un examen ginecológico o un certificado médico de esterilización como condición previa para el empleo”*²³⁴. Estos comportamientos, sin embargo, están prohibidos por la mayoría de los ordenamientos jurídicos²³⁵ que reconocen como derecho fundamental el derecho a la intimidad y a la vida privada²³⁶.

En segundo lugar, considera este Comité de Expertos que en esta actualización del Convenio n° 3 no se han tenido en cuenta las necesidades de hombres y mujeres como sujetos con hijos que trabajan en el mercado de trabajo, y que precisan de una adecuada y más amplia intervención del Estado, a través de un adecuado sistema de protección social que diferencie las necesidades de ambos. Se mantiene por tanto, el tratamiento tradicional de esta materia, lo que dificulta la realización plena de las cuatro parcelas que estamos defendiendo en este trabajo, la pública y privada de mujeres y hombres.

Por último, este Comité de Expertos destaca los inconvenientes del proceso de ratificación de las normas existente en el ámbito internacional, ya que señala que *“ni el Convenio n° 3 ni el Convenio n° 103 han obtenido un número significativo de ratificaciones. Sólo 33 Estados miembros han ratificado el Convenio n° 3, que sigue estando abierto a ratificación. El Convenio n° 103 ha sido ratificado por 36 Estados miembros, de los cuales 16 han ratificado ambos instrumentos, lo que eleva la cifra total de países que los han ratificado a 53”*²³⁷.

²³³ La maternidad ha sido causa de tratamiento diferenciado y discriminatorio para las mujeres. De acuerdo con este informe citado: *“en todo el mundo, las mujeres que quedan embarazadas se encuentran ante la amenaza de perder su trabajo, ver interrumpidos sus ingresos y tener que hacer frente a diversos peligros para su salud, por las escasas precauciones que se adoptan para defender su empleo y los derechos que de él se derivan. La evolución de la situación ha sido muy lenta. En los albores del nuevo siglo, los gobiernos y los interlocutores sociales tienen que abordar el hecho de que la protección de la maternidad sigue estando poco asegurada para un gran número de trabajadoras. Seguimos haciendo frente al desafío de proteger la salud, asegurar el empleo y brindar un nivel razonable de ingresos a las trabajadoras, antes y después del parto.”* Informe presentado en la 87.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 1.

²³⁴ Informe presentado en la 87.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *Ibidem.* Punto 1. En este informe se resalta como en Brasil se ha promulgado una Ley que impone penas graves a los empleadores que exijan estos certificados, Ley número 9029 por la que se prohíbe la presentación de un certificado de embarazo o esterilización y otras prácticas discriminatorias para la admisión en el trabajo, de 13 de abril de 1995. Otros países sudamericanos también han continuado por este camino.

²³⁵ En el caso de España, la Unión General de Trabajadores (UGT) ha puesto de manifiesto como *“algunos empleadores despiden o no renuevan los contratos de las mujeres encinta y en ciertas situaciones ofrecen contrato indefinido de trabajo a las trabajadoras temporales que previamente renuncian al derecho de tener un hijo. Se declara que esto ocurre a pesar de hayan entrado en vigor nuevos procedimientos de demanda a favor de las víctimas de este tipo de discriminación”*. Informe presentado en la 87.ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, en 1999. *op.cit.* Punto 1

²³⁶ La propia OIT ha declarado en el estudio sobre *“La protección de los datos personales de los trabajadores. Repertorio de Recomendaciones Prácticas de la OIT (Ginebra 1997) que “los empleadores no deberían recabar datos personales que se refieran a la vida sexual del trabajador (párrafo 6.5)”* y que *“sólo deberían recabarse datos médicos de conformidad con la legislación nacional”* (párrafo 6.7).

²³⁷ Estos son datos de 1999. Actualmente la OIT en el Informe elaborado para la 49ª sesión de la Comisión sobre la Condición de la Mujer celebrada en Nueva York ha señalado que *“la OIT fomenta la ratificación de estos convenios de*

Esto último explica la escasa eficacia que hasta ahora ha tenido el Derecho Internacional que analizamos, a pesar del interés por proteger la maternidad como aspecto fundamental del trabajo de las mujeres que puede provocar discriminaciones. Esta protección puede incluir desde la salud de la mujer trabajadora, hasta el empleo, el bienestar social, etc. Aspectos éstos que serán tratados de forma diferente en cada Estado Parte por la dificultad de aprobar en el plano internacional un conjunto de normas uniformes que regule la materia aquí analizada.

Por tanto, el mensaje que llega a los ciudadanos es que existen pocas ratificaciones de los convenios de la OIT, que la soberanía de los Estados Partes impide que su contenido sea más extenso desde el punto de vista del reconocimiento de derechos, y que incluso algunos de los derechos que reconoce pueden estar sujetos aún hoy a interpretaciones diferentes como es el caso de la prohibición de despedir durante el embarazo.

La revisión que desde el Feminismo de la Diferencia se propone sobre la materia analizada en este epígrafe parte de esta limitación y plantea que, a pesar de ella, se mantenga el doble plano de protección existente, en el sentido de diferenciar maternidad y responsabilidades familiares. La primera en cuanto contingencia que sólo afecta a las mujeres, la segunda que incluye a hombres y mujeres. En relación con la primera además se propone extender la protección existente al comienzo, durante y en el momento de extinción de la relación laboral.

Y en relación con la segunda, es decir, las responsabilidades familiares, se propone dedicar una especial atención a los hombres hasta ahora no contemplados, salvo para realizar alguna declaración genérica que proclama la importancia de atender a la familia, pero que realmente no se ha concretado en instrumentos legales para que este último colectivo haga valer sus derechos. En definitiva, se propone atender lo público y privado y para hombres y mujeres. De esta forma aunque se eleven los costes del establecimiento y mantenimiento de las relaciones laborales se acercarán los que el trabajador masculino y femenino generan por las diversas circunstancias en las que pueden llegar a encontrarse.

diversas maneras: selecciona a países en los que realiza actividades de promoción y de sensibilización dirigidas a grupos específicos; emprende estudios orientados a la acción sobre problemas relacionados con la dificultad de conciliar trabajo y vida familiar; ofrece a los mandantes su apoyo técnico y su asesoramiento para la elaboración y la ejecución de planes nacionales de acción y la formulación de leyes nacionales; y conduce, junto con organizaciones aliadas, campañas a favor de una mejora de las condiciones de trabajo y la extensión de la protección de la maternidad en la economía informal". op. cit. Pág. 24. . <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc>. de 26 de enero de 2006.

4.6. La Conciliación de los tiempos de trabajo y atención a la familia en el Derecho Internacional del Trabajo

De acuerdo con la delimitación que hemos realizado en las primeras páginas de este trabajo, en el seno de esta política debemos analizar los diferentes tipos de permisos reconocidos a los trabajadores bien por el nacimiento de un hijo, bien por la asunción de responsabilidades familiares en un sentido más amplio. En concreto, nos interesa el tratamiento internacional de las reducciones de jornada, los permisos parentales y las excedencias por un lado, y de los permisos por maternidad y para exámenes prenatales por otro.

La principal característica del tratamiento de estas cuestiones en el ámbito del Derecho Internacional es precisamente su escaso tratamiento, limitándose a algunas referencias al permiso de maternidad y a las reducciones de jornada por lactancia. Partiendo de esta limitación que nos obliga a dejar el examen de estos concretos permisos para el capítulo dedicado al Derecho Comunitario, donde han sido más desarrollados, debemos señalar como segunda característica la ausencia del tratamiento de los mismos desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia.

Si el objetivo de las normas que vamos a citar a continuación es coordinar los tiempos dedicados al trabajo remunerado y los dedicados al trabajo en el hogar, no se entiende por qué sigue siendo la mujer la única tenida en cuenta para la protección de estas responsabilidades familiares, si las mismas corresponden a mujeres y hombres. Además de que estas mujeres -como hemos analizado en la política de salud- ya están protegidas por otras disposiciones que atienden a los aspectos biológicos de las mismas y, por tanto, a la maternidad que es la realmente tratada en estas normas que vamos a estudiar a continuación. Precisamente por esta última razón, es por lo que debemos reproducir en este momento muchas de las referencias que hemos realizado en la anterior política de salud. Se trata de regulaciones que van de la mano y por ello advertimos al lector de esta circunstancia que también se repetirá en el examen del Derecho comunitario.

Una posible respuesta a este tratamiento que estamos comentando sería decir que recogen el modelo de familia del momento en que fueron aprobadas, basada esta familia en la que hemos denominado modelo tradicional en el que el hombre es el sustento económico principal y la mujer se ocupa del cuidado de los miembros de esa familia. Esta respuesta que puede ser válida para algunas de las normas que vamos a analizar a continuación, por su temprana aprobación, no lo es respecto de todas y muy especialmente cuando otros instrumentos internacionales ya empezaban, aunque levemente, a contemplar al hombre como sujeto de estos derechos.

El primero de los instrumentos internacionales que vamos a citar y que ya ha sido estudiado, es el Convenio nº 3 (1919) que reconoce una licencia retribuida de seis semanas posteriores al parto y un permiso retribuido de

lactancia, éste último disfrutado durante la jornada de trabajo y tras su reincorporación al trabajo, computándose además como tiempo efectivo de trabajo (dos descansos de media hora). A esto añade el Convenio n° 103 un descanso por maternidad de doce semanas como mínimo, de las cuales seis deben ser posteriores al parto. Ambas normas se centran en el período que disfruta la madre por el nacimiento de un hijo, conocido como permiso de maternidad y que no debe confundirse con los permisos parentales de los que se hablará en otros documentos que analizaremos en la parte de Derecho comunitario.

La duración de esta licencia por maternidad se mejora por el Convenio n° 183 que lo amplía de doce a catorce semanas como mínimo, y por la Recomendación n° 191 del año 2000, que completa a este último convenio y que se refiere a 18 semanas como mínimo, ampliables en caso de parto múltiple²³⁸.

Por su parte el permiso de lactancia entendido como la licencia temporal para que la madre proporcione alimentos al hijo, se mejora también con esa Recomendación n° 191 al señalar que *“sobre la base de la presentación de un certificado médico o de algún otro certificado apropiado, según lo determinen la legislación y la práctica nacionales, el número y la duración de las interrupciones diarias para la lactancia deberían adaptarse a las necesidades particulares. Cuando sea posible, y con el acuerdo del empleador y de la mujer interesada, las interrupciones diarias para la lactancia deberían poder ser agrupadas en un solo lapso de tiempo para permitir una reducción de las horas de trabajo, al comienzo o al final de la jornada. Cuando sea posible, deberían adoptarse disposiciones para establecer instalaciones que permitan la lactancia en condiciones de higiene adecuadas en el lugar de trabajo o cerca del mismo”*. Por último, se prevén una serie de reglas para el disfrute de esta licencia de maternidad por parte del padre en caso de enfermedad o fallecimiento de la madre.

Estas son las únicas referencias que encontramos en el Derecho Internacional a los permisos que hemos agrupado en esta política que ahora estudiamos, de ahí que no podamos sino concluir -desde el punto de vista del Feminismo de la Diferencia- con la idea de que esta materia no ha sido prácticamente tratada en este ámbito concreto del Derecho, bien por la ausencia de competencias para descender a niveles más detallados, bien por la dedicación a cuestiones más genéricas que pretendían sentar las bases para que esta labor de concreción que demandamos se realizara en el ámbito comunitario y especialmente en los ordenamientos nacionales, o bien por la ausencia de voluntad de los legisladores internacionales.

A la hora de diseñar la estructura de este trabajo de investigación ya asumimos que sobre esta cuestión y, en concreto en el ámbito internacional, nos encontraríamos con dificultades para su estudio, por la ausencia o escasez de

²³⁸ Un ejemplo de la escasa eficacia de estos instrumentos normativos que son las Recomendaciones, lo encontramos en el hecho de aquellos Estados Partes que reconocen un período de descanso inferior a las 18 semanas mínimas que fija esta norma, no han modificado sus ordenamientos para adaptarlos al orden internacional. Es el caso de España donde las 18 semanas se disfrutaban sólo en caso de parto múltiple.

tratamiento de esta tipología de licencias, algunas de las cuales no son ni siquiera mencionadas y las que sí lo son se centran desde el punto de vista de los beneficiarios exclusivamente en las mujeres. De manera que sólo si éstas no pueden disfrutarlas, por enfermedad o fallecimiento, lo harán los varones. Esto no se corresponde literalmente con la distribución que hemos realizado de los concretos permisos que nos interesa estudiar, algunos de los cuales como decimos ni se mencionan, este es el caso de las reducciones de jornadas distintas a las de lactancia, los permisos parentales y las excedencias, que además deberían ser reconocidos todo ellos a hombres y mujeres.

De cualquier forma y como afirmación a favor de esta regulación, podemos destacar que las referencias internacionales que hemos realizado anteriormente responden en parte a esta distribución que nosotros hemos propuesto. Dichas disposiciones sí contemplan los permisos de maternidad y reducciones por lactancia aunque sólo para las mujeres, y aunque la lactancia no siempre sea natural. Como ya hemos afirmado, estamos de acuerdo con que los permisos de maternidad se atribuyan a las mujeres en exclusiva y así lo hacen estas normas internacionales, lo que ocurre es que esta atribución debe ser completada con otro tipo de licencias que se concedan también a los hombres. Es esta segunda parte la que no es contemplada en el Derecho Internacional que analizamos. Por ello y dada la ausencia de regulación de esta materia, dejamos su tratamiento para el capítulo comunitario en el que además realizaremos las propuestas de mejora que desde el Feminismo de la Diferencia se pueden realizar.

A modo de conclusión de este capítulo internacional podemos destacar cómo todos los instrumentos internacionales que han sido analizados respondían a algunos de los dos objetivos citados anteriormente como objetivos básicos de la OIT, es decir, la protección de la maternidad y la atención a las responsabilidades familiares²³⁹. Mientras que los primeros se expresan de forma casi unánime a favor de las mujeres, los segundos suelen adoptar un tinte más neutro refiriéndose a trabajadores en general, aunque luego su traducción en concretas medidas nacionales se haga realmente también de forma efectiva a favor de las mujeres.

En contra de este comportamiento debemos decir que la aplicación práctica de estas y otras medidas, ha demostrado que el método consistente en privilegiar a la mujer, por su especial posición social y biológica, lejos de mejorar su situación perpetúa la situación de desigualdad en la cual se encuentra desde hace siglos. Por ello, se debe cambiar el método o la perspectiva desde la que elaborar los concretos instrumentos legales que hagan posible la igualdad efectiva, además de revisar los instrumentos internacionales ya existentes²⁴⁰.

²³⁹ Además de las normas estudiadas sobre el empleo de las mujeres pueden citarse, entre otras, el Convenio n° 13 de 1921 sobre el empleo de la pintura, el Convenio n° 45 de 1935 sobre el trabajo subterráneo, el Convenio n° 89 de 1948 (revisado) sobre el trabajo nocturno, el Convenio n° 115 de 1960 sobre la protección contra las radiaciones, el Convenio n° 155 de 1981 sobre seguridad y salud de los trabajadores, la Recomendación n° 150 de 1975, punto VIII, sobre desarrollo de los recursos humanos.

²⁴⁰ Como ha señalado algún autor en cuanto a la labor de la OIT *"se puede observar que las prioridades de ayer no son las de hoy: la búsqueda de la igualdad que caracteriza hoy la acción de la OIT en lo que respecta a la mujer se traduce en poner en tela de juicio las normas que prevén una protección especial de la mujer no vinculada con la protección de*

Esta labor es la que se propone desde el Feminismo de la Diferencia que, en resumen, pretende atender al individuo que convive en una sociedad en la cual se le proporcionan herramientas para su desenvolvimiento en todos los aspectos de dicha sociedad, públicos y privados²⁴¹. Desde la perspectiva de este feminismo y en la medida en que nos centramos en el individuo, no sólo las mujeres resultarían atendidas en sus necesidades sino que se podría dar respuestas válidas para los diferentes modelos de familia que nos encontremos en la realidad, y para el diferente rol que deben adoptar los varones.

Se trata a continuación de analizar estas mismas cuestiones en el ámbito del Derecho Comunitario, de manera que podamos comprobar si existe realmente una política o políticas comunitarias que atiendan a las necesidades de las personas que se ven obligadas a conciliar vida familiar y laboral.

la maternidad y la función reproductiva, que se consideran cada vez más como un obstáculo para la plena integración de la mujer a la vida económica y como una manera de perpetuar las concepciones tradicionales sobre el papel y la capacidad de la mujer. PRET-NGUY N, H.T. *op.cit.*, pág. 21.

²⁴¹ Un estudio de estos Convenios y Recomendaciones también puede encontrarse en TOMEI, M. "La protección internacional de los derechos humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT" *op.cit.*, págs. 38-47.

CAPÍTULO V:

TRATAMIENTO COMUNITARIO DEL TRABAJO POR CUENTA AJENA DE LA MUJER

Tratamiento comunitario del trabajo por cuenta ajena de la mujer

5.1. Introducción

Como hemos señalado en la presentación del tema de investigación, el objetivo principal de este trabajo es conocer la filosofía de fondo y la perspectiva desde la que se han elaborado las normas comunitarias que pretenden facilitar a los trabajadores la armonía de los tiempos que dedican a sus responsabilidades personales y profesionales.

Para ello vamos a mantener en este capítulo la misma estructura que hemos observado en el capítulo sobre el Derecho Internacional, distribuyendo el análisis de las normas comunitarias en las cuatro políticas seleccionadas y que ahora recordamos: Igualdad de Oportunidades, Igualdad en el mercado de trabajo en el sentido de las condiciones laborales que se disfrutan, Salud Laboral y finalmente la Política centrada en el tiempo de trabajo y de atención a las responsabilidades familiares, en concreto en todo aquello que se refiera a los permisos relacionados con la maternidad o para exámenes prenatales, y aquellos otros períodos que exceden de la maternidad en términos estrictos y se refieren a las excedencias, a los permisos parentales y a las reducciones de jornada.

Además efectuaremos una referencia previa al tratamiento de la materia que analizamos desde la perspectiva de los Derechos Humanos como también hemos realizado en el capítulo dedicado al Derecho Internacional. Esta propuesta se realiza porque la igualdad de trato que sirve de sustento a este estudio, además de inspirar las políticas que estamos examinando en cuanto políticas prioritarias en la Unión Europea, es un Derecho Fundamental²⁴².

²⁴² Así lo ha puesto de manifiesto la Comisión Europea. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género. COM (2005) 81 final. De 8 de marzo de 2005, pág.3.

Para realizar este estudio y partiendo del carácter limitado de la intervención comunitaria, al menos en su origen, consideramos necesario comenzar el análisis por el estudio de las competencias normativas que pudieran tener las instituciones comunitarias para intervenir en relación con la Igualdad por razón de Género como paso siguiente a la igualdad de trato²⁴³. De nada serviría analizar, criticar e incluso proponer mejoras si no conocemos *a priori* hasta donde puede llegar la intervención de dichas instituciones. Aunque ya anticipamos que a pesar ser limitadas estas competencias, esto no imposibilita que la intervención normativa se realice desde los postulados defendidos por el Feminismo de la Diferencia.

5.2. Competencias comunitarias para intervenir en materia de Igualdad de Trato entre hombres y mujeres

Si comenzamos el estudio de las competencias de la Unión Europea desde sus orígenes históricos hasta llegar al Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, se observa como desde el Tratado fundacional firmado en Roma, en el cual no se contenía ninguna mención explícita sobre las responsabilidades familiares y la conciliación de la vida familiar y laboral²⁴⁴, pasando por el Acta Única Europea, el Tratado de Maastricht, Amsterdam, y Niza, hasta llegar al mencionado proyecto de Constitución, algunos avances se han conseguido, aunque no podemos decir que se haya logrado la protección, en todos sus términos, del principio de Igualdad entre Géneros.

Debemos recordar que la realización efectiva de este principio exige atender a las cuatro parcelas de las que venimos hablando, y como vamos a comprobar en las páginas siguientes esto último no se está haciendo en sus justos términos, ya que sólo alguna de estas parcelas resulta atendida en la actualidad.

Si partimos de la igualdad de retribución garantizada desde el origen de la Unión Europea en correspondencia con su origen económico, debemos destacar su limitado contenido²⁴⁵, cuestión que afortunadamente cambió con la aprobación del Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986. El impulso de esta

²⁴³ En este sentido pueden destacarse las palabras del profesor Rodríguez-Piñero cuando señala que “*el nuevo enfoque de la problemática de género, al tener en cuenta que existen diferencias sustanciales en las vidas de los hombres y de las mujeres que afectan a la mayoría de los ámbitos, y no sólo al campo del empleo y del trabajo, da una nueva dimensión a la política de igualdad*”. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO- FERRER, M. “Igualdad de género y políticas comunitarias”. *op.cit.*, pág. 5

²⁴⁴ Así lo pone de manifiesto FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 21.

²⁴⁵ Dada la extensión de la cuestión tratada, sólo recordar que en estos antecedentes tienen una especial consideración, por una parte, la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de diciembre de 1989, firmada por 11 de los 12 Estados que en ese momento formaban la Comunidad Económica Europea y que pretendía, entre otros objetivos, contribuir a la puesta en práctica de las modificaciones que respecto del Tratado de Roma se habían propuesto en el Acta Única Europea de 1986. Y por otra parte, el tratamiento del empleo en los Consejos Europeos anteriores al Tratado de Amsterdam, ya que precisamente en las conclusiones de esos Consejos se realizaban las propuestas a realizar sobre esta materia. Sobre la evolución del empleo en Europa, y las previsiones que se realizaron en los años ochenta sobre el futuro de éste, destacar el “Primer informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo”, *Documentación laboral* n° 27/28 IV (1988)-I (1989). Madrid, 1989, págs. 169 y ss. En este informe la Comisaria Papandreu subraya tres elementos fundamentales: nivel de subempleo considerable; diferencias en el empleo

reforma aunque fue relativo, supuso un avance en la protección de los derechos sociales de los ciudadanos europeos. Con esta reforma se une al objetivo económico la defensa de los derechos fundamentales previstos en los ordenamientos jurídicos nacionales, así como en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 y en la Carta Social Europea de 1961²⁴⁶. De manera que a partir de este momento y por la vía de los artículos 118 A y 118 B (según la redacción de ese momento)²⁴⁷, se sustituye la regla de la unanimidad por la de la mayoría cualificada para promover la mejora, en particular, *“del medio de trabajo, para proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, además del fomento del diálogo social a nivel europeo”*²⁴⁸.

Es por todos conocidos el uso que se ha realizado de estos artículos para poder regular materias que excedían de la salud o seguridad laboral pero que encontraban su fundamento en la expresión “mejora del medio de trabajo”. Hay que tener en cuenta que en esos momentos la competencia comunitaria para incidir en la regulación de las condiciones laborales era muy limitada, la regulación de materias propias de Política Social, tal como se entiende hoy, aun estaba lejos de ser alcanzada.

Junto a estos dos preceptos, hay que destacar los artículos 100 A y 100 B también en cuanto a las reglas de mayoría cualificada y unanimidad (asimismo en la versión del texto vigente en ese momento). Especialmente debemos subrayar el artículo 100 A párrafo segundo que señalaba que la regla del punto primero sobre mayoría cualificada no se aplicaría *“a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las*

según las regiones; la ecuación según la cual mejores puestos de trabajo se traducen en mejores trabajadores y, por tanto, en mejores productos y servicios; además se destacan los efectos del envejecimiento de la población y la feminización de la pobreza, entre otros. También sobre esta materia puede consultarse el Informe del Parlamento Europeo sobre el empleo femenino. Colección Ciencia y Documentación, Serie La Europa de los Ciudadanos. nº 1, 1990, págs. 1-18. www.pe.es. 10 de junio de 2004.

²⁴⁶ Además respecto de esta Carta es preciso destacar el Protocolo adicional a la misma aprobado en el año 1988. Este Protocolo contiene una serie de medidas encaminadas a ampliar la protección de los derechos sociales y económicos recogidos en la Carta respecto de los trabajadores extranjeros, es decir, nacionales de terceros países que vienen a la Unión en busca de trabajo. Todo ello para hacer posible el principio de igualdad entre estos extranjeros y los nacionales comunitarios. Sobre este Protocolo puede consultarse AGUILERA IZQUIERDO, R. “El Protocolo adicional a la Carta Social Europea, 1988”. *Actualidad Laboral* ref. FL8. 2000, pág. 10-18. RODRIGUEZ-PINERO BRAVO-FERRER, M. “Programa de acción social de la comunidad para la aplicación de la Carta Social”, *Relaciones Laborales*, nº 24, 1989, pág. 1 y ss. Asimismo, consultar VIDA SORIA, J. *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid. 1989.

²⁴⁷ *“artículo 118 A: 1.- Los Estados miembros procurarán promover la mejora del medio de trabajo, para proteger la seguridad y salud de los trabajadores y se fijarán como objetivo la armonización dentro del progreso de las condiciones existentes en ese ámbito. 2.- Para contribuir a la consecución del objetivo previsto en el apartado 1, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará, mediante directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros [...] artículo 118 B: La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a escala europea, que podrá dar lugar, si estas últimas lo consideran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre éstas”.*

²⁴⁸ Concretamente con este artículo modificado por el Acta Única Europea se consigue otorgar a la Comisión Europea la potestad para proponer reformas viables, una vez consultado el Consejo Económico y Social, y permite además que el Parlamento Europeo pueda realizar una segunda lectura de las propuestas gracias al procedimiento de cooperación. Así lo han confirmado numerosos estudios sobre la materia entre los que destacan los realizados por MARTÍN RHODES, S. “El Futuro de la Dimensión Social Europea”, en AA.VV. *Unión Europea y Estado de Bienestar*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997, pág. 152.

relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena". Lo que se traduce en el mantenimiento de la unanimidad en materia de Política Social, excepto lo destacado sobre el artículo 118 A²⁴⁹, y la dificultad de aprobar alguna normativa en cualquiera de las parcelas que engloban esa Política social, incluida la igualdad entre mujeres y hombres en los aspectos puramente laborales. Esto último justifica el uso desmedido que hemos comentado del artículo 118 A.

Además de estos preceptos debemos destacar los artículos 100 y 235 del Tratado²⁵⁰. Ambos preceptos reconocen la posibilidad de intervención de las instituciones comunitarias en materias respecto de las cuales no exista un reconocimiento expreso de competencia a su favor, pero se considere que la misma es necesaria para la consecución del mercado único, siempre que ello se realice a través del mecanismo de la unanimidad y con el fin de aproximar las legislaciones nacionales²⁵¹.

Ambos preceptos, en la medida en que constituyen cláusulas abiertas, también han sido ampliamente utilizados para la aprobación de normas, en especial de Política Social, y de forma destacada en materias con una mayor repercusión económica como es el caso la igualdad de trato entre mujeres y hombres, y no sólo para controlar los costes propiamente laborales sino también los de Seguridad Social. Este control constituye el elemento que justifica la intervención, ya que el mismo es necesario para la consecución del mercado único²⁵².

Algunas de estas trabas que estamos mencionando empezaría a superarse con la firma del Tratado de Maastricht en 1992. Es preciso aclarar que la trascendencia de esta reforma del Tratado originario se produce no tanto en el texto del propio Tratado como en el Protocolo y Acuerdo de Política Social que lleva como anexos y que contemplan más ampliamente las cuestiones laborales, y ello porque la oposición del Reino Unido e Irlanda del Norte impidieron que el contenido de estos dos documentos apareciera en el texto de este Tratado²⁵³.

²⁴⁹ Sobre este aspecto puede consultarse PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *op.cit.*, pág. 45 y ss.

²⁵⁰ Actualmente artículos 94 y 308 del Tratado. Véase DEL REY GUANTER, S. "Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria". *Relaciones Laborales*, 1987-II. págs. 1215 y ss. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. "El proceso legislativo comunitario y el Derecho Social Europeo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 12. págs. 13 y ss

²⁵¹ La redacción original de estos preceptos señalaba que "el Consejo adoptará, por unanimidad y a propuesta de la Comisión, directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común. La Asamblea y el Comité Económico Social serán consultados sobre aquellas directivas cuya ejecución implique, en uno o varios Estados miembros, la modificación de disposiciones legales" (artículo 100). "Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta a la Asamblea, adoptará las disposiciones pertinentes" (artículo 235).

²⁵² Un estudio sobre la necesidad de coordinar los derechos de los trabajadores y el derecho de libertad de empresa del empresario puede encontrarse en RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "Derecho del trabajo y disciplina de mercado". *Relaciones Laborales*, Tomo II, 2001, págs.89-101.

²⁵³ Ya en estas fechas, el artículo 2 de la norma suprema señalaba los objetivos de la nueva Comunidad Europea, en concreto, se decía que la Comunidad tendría como objetivo "promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 3 A, un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un crecimiento sostenible y no inflacionista que respete el medio ambiente, un alto nivel de empleo y de

Por esto y a pesar de las limitadas competencias existentes en el seno del Derecho Comunitario, debemos señalar que gracias a las reformas llevadas a cabo en la última década encontramos alguna referencia, indirecta y de forma matizada, a la perspectiva que estamos defendiendo en esta investigación. En concreto y por lo que se refiere al Derecho originario, el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea nos sirve de ejemplo, ya que en su versión aprobada en Niza en el año 2000, proclama la misión que tiene encomendada la Unión, mediante el desarrollo de las políticas previstas en los dos artículos siguientes de realizar, entre otros, el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres, –siempre mediante la técnica de la transversalidad–²⁵⁴.

A esta referencia debemos añadir el artículo 13 del Tratado, auténtica base competencial en esta materia que analizamos y respecto del cual deben destacarse dos momentos históricos importantes²⁵⁵. El primero que coincide con la aprobación del Tratado de Amsterdam en 1997 y que le proporciona el siguiente contenido: *“sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad y orientación sexual”* (punto 1).

El segundo momento importante coincide con la reforma introducida en el Derecho originario por el Tratado de Niza en el año 2000 y que añade un segundo apartado al artículo 13 TUE. En dicho punto se señala que *“no obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando el Consejo adopte medidas comunitarias de estímulo, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, para apoyar las acciones de los Estados miembros emprendidas con el fin de contribuir a la consecución de*

protección social, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.”. El actual contenido del artículo ha sido incorporado tras la aprobación del Tratado de Amsterdam en 1997.

²⁵⁴ Según palabras de RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. *“el reforzamiento de la protección de la igualdad de género se manifiesta también en el nuevo artículo 2 del Tratado constitutivo que incluye dentro de las misiones fundamentales de la Comunidad promover la igualdad entre el hombre y la mujer, se asume el criterio del Consejo Europeo de Essen que reconoció como tarea prioritaria de la Unión y de sus Estados miembros la promoción de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”*. “Igualdad de género y políticas comunitarias”. *op. cit.* Pág. 3. En parecidos términos, se pronuncia ROSSILLI, M. que señala que *“[...] el Consejo Europeo de Essen (1994) intentó hacer frente al desempleo masivo y especialmente al femenino, que siempre había sido más alto y de mayor duración que el masculino [...]. En esta cumbre, los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros se pusieron por primera vez de acuerdo en dar preferencia a las medidas de igualdad de oportunidades en las políticas de empleo. Desde entonces, las medidas para promover la empleabilidad de las mujeres han ocupado un lugar central en las políticas de empleo de todos los gobiernos miembros, y las mujeres se han convertido en las destinatarias de las políticas para promover planes, horarios y contratos de trabajo flexibles”*. “Políticas de Género en la Unión Europea” en el libro del mismo nombre. Narcea, Madrid, 2001, pág. 30.

²⁵⁵ En este sentido es preciso aclarar que con anterioridad lo que existía era una prohibición expresa de discriminación sexual pero no un derecho autónomo a la igualdad de sexos. Así lo pone de manifiesto ROSSILLI, M. *“[las parlamentarias europeas, las sindicalistas y miembros del Lobby europeo de mujeres (EWL)], exigieron la inclusión en el Tratado, junto con una cláusula separada que prohibiera la discriminación sexual, del derecho autónomo a la igualdad de sexos, que es un derecho específico y totalmente independiente, necesario para la igualdad sustantiva entre mujeres y hombres”* “Políticas de Género en la Unión Europea”. *op. cit.*, pág. 38. Sobre la evolución de todos estos preceptos también puede consultarse ECEIZABARRENA SÁENZ, J. *“Mujer y Derecho en Europa. El Derecho Comunitario antidiscriminatorio tras las reformas introducidas por el Tratado de Amsterdam”*. *Actualidad Administrativa*, 2000-2, marginal 883- XLVI.

los objetivos enunciados en el apartado 1, decidirá de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 251”.

La conclusión a la que se llega después de la lectura de este precepto es que para la aprobación de medidas comunitarias, tendentes a la armonización de las legislaciones nacionales, la Comunidad deberá utilizar el procedimiento normativo basado en la unanimidad, mientras que si el objetivo es la coordinación de esas legislaciones nacionales el procedimiento estará presidido por la mayoría cualificada. Esta cuestión no es baladí, ya que es por todos conocida la dificultad existente en el seno de la Unión Europea para aprobar normas que precisen de esa unanimidad, basta con examinar la trayectoria en las últimas décadas en cuanto a la aprobación de medidas de Política Social²⁵⁶.

La última reforma realizada en el Derecho comunitario originario y que no se encuentra vigente por falta de apoyo, se ha producido con el Proyecto de Tratado por el se constituye una Constitución para Europa. En este nuevo documento se incorpora a texto del Tratado el contenido de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y se hace referencia al respeto a la vida privada y familiar (artículo II-7), y al derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según la legislación nacional de cada Estado miembro (artículo II-9). Además se proclama el derecho del menor a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, se entiende que dispensado éste tanto por la propia familia como por los Estados (artículo II-24).

Además de las referencias anteriores, en este último texto normativo se reconoce el derecho fundamental a la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social como valor fundamental integrante de la solidaridad que debe existir en el seno de la Unión Europea (artículo II-53). Se trata de un reconocimiento genérico con toda ausencia de especificación sobre lo que debe entenderse por protección en el plano jurídico, económico y social.²⁵⁷ De forma específica sólo se garantiza algún aspecto propio de la parcela pública de las mujeres, en concreto la protección frente a cualquier despido motivado por razones de maternidad así como el disfrute de permisos parentales, todo ello como un aspecto más de la conciliación de la vida profesional y familiar de la persona²⁵⁸.

En resumen, las cosas no han cambiado demasiado con este nuevo texto legal, sigue siendo la tradicional Política Social, concretamente los artículos III-103 a III-112 del texto mencionado, la base para la aprobación de medidas

²⁵⁶ La remisión a este procedimiento normativo es importante desde el momento en el cual una de las innovaciones introducidas con el Tratado de Amsterdam ha sido la aplicación del procedimiento de “codecisión parlamentaria” en materia de empleo (artículo 129), y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (141.3).

²⁵⁷ Sobre esta disposición puede consultarse BERMEJO GARCÍA, R. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R. “Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales”, en HERRERO DE LA FUENTE, A. *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*. Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza, Zamora, 2003, págs. 93-112.

²⁵⁸ Artículo II-53 del Tratado por el constituye una Constitución para Europa. En adelante TC. En este precepto no dice exactamente “trabajador” aunque es evidente que si la protección es ante un posible despido la conclusión es que se aplica a los trabajadores en sentido amplio.

que pudieran incidir en los aspectos relativos a la tan demandada conciliación en cuanto fórmula que podría posibilitar la realización de la Igualdad entre Géneros desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia²⁵⁹.

Esto significa, en resumen, que se podrá contribuir a la realización de esa Igualdad de Géneros a través de las disposiciones que se aprueben sobre condiciones de trabajo en sentido amplio (horarios de trabajo, vacaciones, etc.); sobre la seguridad social y la protección social de los trabajadores, sobre la modernización de estos sistemas para adaptarlos a las nuevas realidades²⁶⁰; y sobre la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo²⁶¹.

Se observa como decimos, que las cosas no han cambiado demasiado a pesar de las reformas, ya que se sigue incidiendo sólo en la parcela pública del sujeto y en especial de las mujeres, de ahí que no resulte posible realizar de esta forma la Igualdad de Género, al menos en el sentido de efectividad y equilibrio de las cuatro parcelas que estamos analizando²⁶², aunque no podemos negar que la Igualdad de oportunidades constituye sin duda un vehículo importante para su desarrollo y consecución²⁶³.

En resumen y tras el análisis de las principales competencias para intervenir en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres, podemos destacar que a través del avance que se ha producido en el tratamiento de las cuestiones sociales se ha conseguido introducir en el ordenamiento comunitario y por extensión en los nacionales²⁶⁴, una serie de mejoras que contribuyen a la

²⁵⁹ Para ampliar esta información puede consultarse AA.VV. *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*. Monografías de Temas Laborales. Sevilla. 2004. RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CASTELLANO BURGUILLO, E. "La armonización comunitaria y el modelo social europeo". *Revista Documentación Laboral*, nº 74, 2005, págs. 9-42.

²⁶⁰ Sin perjuicio de que como señala el propio texto de la Constitución, en su artículo III-104.5 se mantenga la competencia de los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, lo que puede provocar diversidad en el sistema de protección de cada de los Estados miembros.

²⁶¹ Principalmente, a través de las herramientas de protección de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (garantía de igual salario, Programas de Acción comunitarios para la Igualdad de Oportunidades de hombres y mujeres, medidas para intentar conciliar los tiempos de trabajo y de dedicación a la familia, etc).

²⁶² De esta forma "se supera la concepción tradicional sectorial de la igualdad de género y el ámbito específico y cerrado de medidas concretas a favor de la mujer". RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. "Igualdad de género y políticas comunitarias". *op.cit.*, pág. 5. Este mismo autor señala que "el Tratado de Amsterdam, aunque en la reforma del Tratado constitutivo no haya introducido el reconocimiento formal y de forma directa un derecho a la igualdad de género y a la no discriminación entre hombres y mujeres, ha dado nuevos impulsos a la protección efectiva a nivel comunitario de la igualdad de género y al reconocimiento del derecho a la igualdad entre hombre y mujer como derecho de la persona, más allá de la esfera económica y profesional. Se han dado pasos significativos en este sentido". "Igualdad de género y políticas comunitarias". *op. cit.*, pág. 2

²⁶³ Como ha señalado algún autor "las políticas tradicionales a favor de la igualdad siguen siendo necesarias, pero como medio y soporte para las políticas generales de igualdad de género". RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "Igualdad de género y políticas comunitarias". *op.cit.*, pág. 9.

²⁶⁴ Como algún autor ha señalado "la igualdad de trato y la tutela antidiscriminatoria a favor de la mujer se ha convertido, inesperadamente, en uno de los elementos caracterizadores del acervo comunitario y de la integración europea, y ha tenido consecuencias importantes en los Derechos nacionales, obligados a adoptar reformas importantes con vistas a asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, incluido el desarrollo de mecanismos adecuados de garantía". RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "Igualdad de género y políticas comunitarias". *op. cit.* pág.1. La cuestión es que este era un cambio esperado y que había sido anunciado por la propia historia del ser humano, por esa intromisión de la mujer en las esferas consideradas propiamente masculinas. Sobre este avance se ha declarado que "[...] la

realización de alguna de esas parcelas, aunque se ha hecho prácticamente para la realización de la parcela pública de las mujeres —como hemos comentado— dejando el resto de parcelas huérfanas de protección²⁶⁵.

Lo que se pretende con la perspectiva que defendemos es que a través de la atención y tutela de las diferencias existentes entre los individuos se pueda conseguir lo que algún autor ha expresado simplifícadamente pero con acierto: *“un derecho desigual sin desigualdades”*²⁶⁶. Y que al mismo tiempo esto sirva para atender las cuatro parcelas analizadas en este trabajo.

El resto de preceptos del Derecho Comunitario originario, así como todo el Derecho comunitario derivado relacionado con esta materia, puede incluirse en alguna de las cuatro políticas que estamos analizando de ahí que pasemos a su estudio de forma separada²⁶⁷.

imagen que mejor puede transmitir el estado actual (1997) de la cuestión es el de pensar en la presencia de intersticios por los que va penetrando, sinuosamente y con dificultad, pero también sin expectativas de retorno, el reconocimiento de la tutela antidiscriminatoria”. CRUZ VILLALÓN, J. “Los intersticios de penetración de la prohibición en el derecho comunitario”, en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 37.

²⁶⁵ Como señala LÓPEZ LÓPEZ, J. *“los trazados de un modelo de atención a la familia basada en la corresponsabilidad de tareas entre hombres y mujeres es difícil de crear sin el soporte que las normas comunitarias aportan. Estas normas comunitarias alertan sobre la necesidad de atender a las distintas manifestaciones que el principio de igualdad tiene a la hora de elaborar políticas públicas en esta materia.”* “Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad”. *Temas Laborales*, nº 67, pág. 54.

²⁶⁶ Véase GAETA, L. y ZOPPOLI L. *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positive*, Giappichelli, Torino, 1992, pág. 10. También se ha pronunciado en parecidos términos ROMAGNOLI, U. *El Derecho, el Trabajo y la Historia*. (traducción española de Il lavoro in Italia. Un giurista racconta. Il Mulino, Bologna 1995). CES Madrid, 1997. Pág. 184. Citado por BAYLOS GRAU, A. “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Social*, nº 1 enero-marzo 1998, pág. 33. Además, *“lo que importa no es afirmar la igualdad genérica, sino reconocer las diferencias entre ambos sexos para adaptar tales diferenciaciones sexuales a las normas jurídicas, esto es, lo que importa es afirmar las diferencias para que, reconocidas como tales, las normas de Derecho las neutralicen, las adapten, las superen, las corrijan, las igualen”*. ARCE, J.C. *op. cit.*, pág. 9. En parecidos términos se ha expresado CARUSO, B. cuando señala que *“[...] el Derecho del Trabajo, para perseguir la igualdad entre los trabajadores, debe mediante una ulterior paradoja, valorar la diferencia, aproximándose a una diversificación normativa”*. “La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato”, en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. *op. cit.*, pág. 96.

²⁶⁷ CURELL COTOR, J. señala que *“la acción de la Comunidad europea en la dimensión social se ha caracterizado por la utilización de diversos instrumentos, en función de los objetivos perseguidos. En este sentido, han cumplido cuatro funciones importantes: 1) adoptar una serie de disposiciones legislativas en materia de política social, que constituyen una sólida base para garantizar los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, consolidados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; 2) proporcionar un marco jurídico en determinadas áreas del Tratado para poner en marcha el diálogo entre los interlocutores sociales, contribuyendo así a la definición, a distintos niveles, de derechos sociales fundamentales de los trabajadores; 3) aportar apoyo financiero sustancial, en especial a las medidas de formación y de empleo, contribuyendo así a la redistribución de los recursos financiero; 4) estimular y fomentar la cooperación entre distintos agentes de la política social, el establecimiento de redes y mecanismos de operación, el intercambio de información y experiencias y la promoción de la innovación y de las prácticas y políticas adecuadas”* [...] “El área de la igualdad de oportunidades entre los hombres y las mujeres es paradigmática en este sentido. Probablemente sea aquella en la que la utilización combinada de estos cuatro tipos de instrumentos haya sido más eficaz a nivel comunitario, dentro del ámbito más amplio de la política social.” “La política sobre igualdad de trato de la Comunidad Europea” en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. *op. cit.*, pág. 115 y 116. Asimismo, puede consultarse PÉREZ DEL RÍO, T. “La dimensión social del mercado único europeo”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, Civitas, nº 47. mayo/junio 1991, págs. 385 y ss.

5.3. Igualdad de trato como Derecho Fundamental en el orden comunitario

En el ámbito comunitario también podemos encontrar referencias al principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres desde la perspectiva de los Derechos Humanos Fundamentales, aunque también debemos señalar que la mayoría de estas referencias se han producido en documentos sin fuerza vinculante, al menos hasta la última reforma propuesta por el proyecto de Tratado por el se constituye una Constitución para Europa.

A pesar de esta limitación, entendemos necesario su estudio aunque sólo sea en términos de referencia para entender el tratamiento principal y prioritario que requiere la igualdad de trato entre hombres y mujeres. No obstante, dicho carácter fundamental no se ha predicado aún de la Igualdad de Género y, por tanto, no se ha hecho respecto de las cuatro parcelas que analizamos.

En este concreto ámbito la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores de 1989, destacó por ser un documento firmado por once de los doce Estados que en ese momento formaban parte de la Comunidad Europea (todos excepto el Reino Unido). En ella se proclaman como fundamentales una serie de derechos sociales y entre ellos destaca la igualdad de trato.

Se trata de un documento con un alcance más limitado que la Carta Social Europea de 1961 aprobada por el Consejo de Europa, aunque estas normas tienen un origen distinto, ambas inspiraran la posterior reforma del Tratado llevada a cabo en Maastricht en el año 1992²⁶⁸. A estos documentos, así como a la posterior Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea firmada en Niza en el año 2000, aunque se caracterizan -como ya hemos dicho- por no tener carácter vinculante²⁶⁹, no se les puede negar el perfil informador que han tenido y tienen en el seno de la Unión Europea, son documentos base para el estudio y tratamiento de cualquier materia relacionada con estos Derechos Fundamentales²⁷⁰.

Por lo que a nuestro estudio se refiere, en esta Carta del año 2000 existen tres artículos²⁷¹ que reconocen independientemente el derecho a la

²⁶⁸ Especialmente el artículo F del Tratado de la Unión que declaraba que “[la Unión] respeta los derechos fundamentales, tal como están garantizados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios del Derecho Comunitario”. Se observa, una vez más, la relación existente entre el Consejo Europeo surgido de la Carta constitutiva de la Organización de las Naciones Unidas (artículo 52.1) y la actual Unión Europea.

²⁶⁹ A modo de ejemplo, señalar como el artículo 51 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, prevé que “1.- las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones y órganos de la Unión, respetando el principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias. 2.- La presente Carta no crea ninguna competencia ni ninguna misión nuevas para la Comunidad ni para la Unión y no modifica las competencias y misiones definidas por los Tratados”.

²⁷⁰ Sobre esta materia puede consultarse ASTOLA MADARIAGA, J. “Los Derechos Fundamentales y el Derecho Comunitario”. *Cuadernos Europeos de Deusto*. nº 18/1998, págs. 115- 142.

²⁷¹ Artículos 20, 21 y 23 de la Carta Comunitaria del año 2000.

igualdad ante la ley o igualdad formal, el derecho a no ser discriminado por ninguno de los motivos que cita, entre ellos el sexo²⁷², y expresamente se menciona el derecho a la igualdad entre el hombre y la mujer “*en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución*”. Además en este documento se reconoce la legitimidad de las llamadas medidas de acción positiva. Por tanto, observamos como en un documento protector de los Derechos Fundamentales se protegen aspectos propios de la Política de Igualdad de Oportunidades tal como es entendida en este trabajo, y también aspectos de la Política de Empleo como es el caso de la retribución, de ahí que hayamos indicado más arriba que constituyen documentos base para el tratamiento de estos aspectos.

Asimismo, esta Carta comunitaria del año 2000 reconoce el derecho a la “vida familiar y vida profesional”, y para ello además de garantizar la protección de la familia en el plano jurídico, económico y social, declara que con el fin de hacer posible la conciliación de la vida profesional y la familiar, “*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*” (artículo 33). Se garantizan los derechos de maternidad y parentales como derechos autónomos²⁷³, con independencia de su traducción nacional, además de la protección frente a despidos relacionados con la maternidad. Cada uno de estos aspectos será analizado en las políticas en las que hemos distribuido nuestra investigación, de ahí que no profundicemos en estos momentos en ninguno de ellos.

Si analizamos estas disposiciones desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, podemos concluir con una idea ya expuesta y es la reducida importancia que el principio de igualdad de trato tuvo en el origen de esta Unión, al margen de los aspectos puramente económicos. Esto se comprueba con la constatación de que existen insuficientes referencias a este principio en documentos con auténtica fuerza de obligar para los Estados miembros, los cuales son los indudables sujetos activos de la puesta en práctica de las Políticas comunitarias.

Una segunda idea que podemos poner de manifiesto respecto de estos documentos, es la ausencia absoluta de diferenciación entre las necesidades de hombres y mujeres a la hora de aprobar medidas para la puesta en práctica de ese principio de igualdad de trato, lo que en parte se entiende si tenemos en cuenta que la propia protección del principio de igualdad en términos genéricos ha requerido de un bagaje para que se reconozca que esa necesidad existe. Esto

²⁷² Además de la raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

²⁷³ Sobre la misma puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L. “Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores”. *Revista española de Derecho del Trabajo*. Civitas, nº 56, noviembre/diciembre de 1992, págs. 843 y ss.

nos lleva a pensar que el reconocimiento de su protección de forma individualizada también precisa de ese período de rodaje, de manera que sea la realidad cada vez más cambiante, como hemos podido comprobar en el capítulo tercero al menos en cuanto a estructuras y necesidades familiares, la que demande el cambio de perspectiva a la hora de configurar los derechos que se reconocen a los hombres y mujeres que quieren conciliar trabajo y familia. Este cambio ya se está produciendo a todos los niveles y no sólo al europeo aunque éste haya sido el motor de arranque²⁷⁴. Como vamos a comprobar en las páginas siguientes, algunos de estos cambios en el planteamiento de las medidas de apoyo a los trabajadores ya se están produciendo a nivel europeo, aunque no respecto de todos los aspectos que engloban las cuatro parcelas que analizamos en este trabajo, de ahí que no podamos afirmar que la conciliación ha sido conseguida.

A continuación iniciamos el estudio de las cuatro Políticas en las que hemos distribuido la materia que nos interesa analizar, ahora desde el ámbito del Derecho Comunitario. En concreto vamos a seguir la misma metodología utilizada en el capítulo sobre el Derecho Internacional comenzando por la Política de Igualdad de Oportunidades.

²⁷⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y. "El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: avances sustancial del Tratado de Amsterdam". *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*. nº 24, 1999, págs. 363-388

CAPÍTULO VI:

POLÍTICA DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL DERECHO COMUNITARIO

Política de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres en el Derecho Comunitario

6.1. Introducción

La Igualdad de Oportunidades tal como la hemos definido en las primeras páginas de esta investigación, implica que todos los individuos tengan las mismas oportunidades en un concreto ámbito, de manera que en caso de existir desigualdades entre ellos éstas respondan a criterios objetivos basados en sus méritos. Esta definición es perfectamente válida si nos referimos a la parcela pública de hombres y mujeres que es realmente donde esta política se ha puesto en práctica, especialmente para las mujeres, y también a la parcela privada de ambos donde aún no se ha desarrollado de forma significativa.

Por tanto, podemos afirmar que las Políticas de Igualdad de Oportunidades que se han puesto en marcha, tanto en la Unión Europea como en los Estados miembros, han tenido como fin fomentar el acceso de la mujer al terreno público y esto se ha hecho fundamentalmente mediante la aprobación de normas, leyes y otro tipo de disposiciones que pretenden eliminar las discriminaciones teóricas o formales que han sufrido tradicionalmente las mujeres²⁷⁵. Una vez conseguido esto el siguiente paso ha sido legislar favorablemente y de forma directa para estas mujeres, para el caso de que se encuentren en determinadas situaciones o contingencias como por ejemplo, la escasa participación en las instituciones públicas, la cada vez más abundante violencia ejercida sobre las mismas, o también la dificultad de conciliar familia y trabajo.

A pesar de estas intervenciones, lo cierto es que hasta el momento las acciones llevadas a cabo para conseguir esa igualdad de oportunidades no han

²⁷⁵ Sobre este aspecto puede consultarse DE SCHUTTER, O. *Discriminations et marché du travail: liberté et égalité dans les rapports d'emploi*. Presses Interuniversitaires Européennes. Bruselas, 2001, págs. 1-234.

sido todo lo efectivas que podrían haber sido, ya que uno de los primeros obstáculos con los que se encuentran y que no han sido atendidos adecuadamente son las responsabilidades que estas mujeres tienen en la esfera privada. Siguen siendo ellas las que principalmente se ocupan de las tareas domésticas y del cuidado de las personas dependientes, por tradición y también por tener más medios laborales para ello por la propia configuración legal que se ha hecho de estos medios. Esto ha provocado que el desarrollo de la parcela pública de las mujeres no haya sido tan efectivo como se pretendía, aunque no podemos negar que un avance se ha producido.

Por esta razón es por lo que proponemos que se desarrolle especialmente la parcela privada de los hombres. Si a éstos se les proporcionan medios legales para que atiendan las responsabilidades familiares de forma individual y separada a los medios que se proporcionan a las mujeres, pensamos que la parcela privada de las mismas podría cambiar. Si los hombres pueden y quieren ocuparse también de las responsabilidades familiares, esto permitiría que se realizara de forma efectiva la parcela pública de las mujeres y, por tanto, su posición en los mercados de trabajo podría también cambiar, sin perjuicio de que la voluntariedad de los hombres para este cambio puede suponer otro obstáculo.

Hasta ahora y una vez constatada esta dificultad que apuntamos y que supone un diferente punto de partida para las mujeres y hombres, se ha optado por conceder a dichas mujeres una serie de ventajas de partida cuando deciden incorporarse a algún segmento de la sociedad donde no están especialmente representadas, de esta forma se ponen en práctica diferentes medidas de acción positiva, las cuales en definitiva suponen una alteración de esa igualdad de oportunidades pero que se justifica por razones objetivas como son los roles sociales, la incorporación más tardía de la mujer al mercado de trabajo, etc.

Como hemos apuntado más arriba la igualdad de oportunidades se estructura principalmente a través de intervenciones legislativas por las que el Estado garantiza que existen las mismas posibilidades para mujeres y hombres, salvo que sea necesaria la aplicación de la excepción que supone la medida de acción positiva. Esto nos obliga a analizar las intervenciones legislativas llevadas a cabo en el seno de la Unión Europea para conseguir este objetivo, lo que se ha hecho especialmente a través de la adopción de Programas de Acción Comunitarios puestos en práctica, a partir de los años ochenta, y en los cuales se recogen una serie de medidas para ser ejecutadas desde la Unión, además de una serie de recomendaciones destinadas a los Estados miembros²⁷⁶.

En el epígrafe siguiente analizaremos esta forma de intervencionismo normativo, así como las llamadas Medidas de Acción Positiva que constituyen la técnica de intervención más directa a favor de esta igualdad de oportunidades.

²⁷⁶ Sobre esta materia puede consultarse entre otros, AA.VV. *La igualdad de oportunidades: los discursos de las mujeres sobre avances, obstáculos y resistencias*. Editorial Icaria, Barcelona, 2003. MENDIZÁBAL, G. y ORTIZ DE PINEDO, E. *Del discurso de igualdad a los planes de igualdad de oportunidades*. Colección Sociología de las relaciones de género, Madrid, Instituto de la Mujer, 1996, págs. 241-253.

Para el correcto entendimiento de estas últimas las diferenciaremos de las genéricas Medidas de Fomento de la Igualdad de Oportunidades.

6.2. Programas Comunitarios para la Igualdad de Oportunidades

Aunque existen algunas referencias en las Directivas sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres a la Igualdad de Oportunidades²⁷⁷, son los Programas de Acción comunitarios para fomentar esta Igualdad de Oportunidades los que han venido a diseñar la trayectoria comunitaria sobre esta materia, junto con las medidas de acción positiva que analizaremos a continuación y que son un instrumento de estos programas.

Ambas herramientas se encuadran en la llamada Estrategia Marco sobre la Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, entendida ésta como una forma de intervención comunitaria en la que se diseña un programa de trabajo y en el que además se fijan objetivos, acciones específicas para conseguir esos objetivos y medidas legislativas y financieras a adoptar desde un determinado enfoque o perspectiva, en este caso desde la perspectiva de género que ha demostrado ser una herramienta eficaz para promover la igualdad entre mujeres y hombres, como se señala por la propia Comisión europea²⁷⁸.

En el seno de esta estrategia los Programas de Acción que se pusieron en marcha en 1982²⁷⁹, pretenden fijar los objetivos así como los ámbitos en relación con los cuales los Estados miembros deben establecer sus campos de actuación. Al mismo tiempo constituyen un ejemplo más de la interrelación existente entre el Derecho Internacional y el Derecho Comunitario, ya que muchas de las conclusiones que se extraen de las Conferencias Mundiales sobre la mujer se traducen en concretas medidas de acción que la Unión propone a su vez a los Estados miembros a través de estos programas²⁸⁰.

²⁷⁷ Hemos optado por analizar estas directivas en el capítulo siguiente por las razones que luego apuntaremos.

²⁷⁸ Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión europea en el año 2002. COM (2003) 98 final de 5 de marzo de 2003. Pág. 8

²⁷⁹ Son cinco los programas comunitarios puestos en prácticas hasta la fecha con una duración de cuatro años cada uno: de 1982 a 1985; de 1986 a 1990, de 1991 a 1995, de 1996 a 2000, y de 2001 a 2005. Un estudio sobre estos programas, excepto el último, puede encontrarse en HOSKYNS, C. "Cuatro programas de acción sobre igualdad de oportunidades" en ROSSILLI, M. (coordinación) *Políticas de Género en la Unión Europea. op. cit.* Pág. 69 a 87. También puede consultarse AA.VV. *Mujer e Igualdad de oportunidades en el empleo.* Instituto de la Mujer Madrid.1989. AA.VV. *Igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

²⁸⁰ A modo de ejemplo, puede citarse como en el IV Programa se declara, al hablar de la justificación del mismo, que "el Programa se inscribe en las perspectivas y conclusiones de la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres de Pekín, y se ha diseñado de acuerdo con las prioridades establecidas en el Libro blanco sobre Crecimiento, competitividad y empleo". Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie documentos nº 20, Madrid, 1996, pág. 8. Asimismo, puede consultarse el documento de la Comisión europea sobre la aplicación de la Decisión del Consejo de 22 de diciembre de 1995 relativa a un programa de acción comunitario a medio plazo para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000): Intercambio, desarrollo y transferencia de información y de experiencias sobre buenas prácticas (DOCE C nº 377 de 5 de diciembre de 1998). Págs. 18 y ss.

El mecanismo o forma de funcionamiento de los mismos se basa en los informes que anualmente elabora la Unión europea sobre el estado de esta materia que estudiamos. Tomando como base estos informes, así como las conclusiones de las Conferencias mundiales sobre la mujer y las conclusiones de los Consejos europeos, se elabora el programa en cuestión que se centra en fijar objetivos y campos de acción, como venimos comentando.

Del examen de los cinco programas puestos en marcha hasta la fecha se extrae la evolución que se ha producido en relación con la igualdad entre hombres y mujeres. Si bien los dos primeros programas, desarrollados en los años ochenta, se centraron en la igualdad de oportunidades propiamente dicha y fomentaron la presencia de las mujeres en los sectores públicos de la sociedad, proponiendo para ello la revisión de las legislaciones nacionales y propiciando la adopción de medidas de acción positiva; a partir del tercer programa, que se inicia en la década de los noventa, se incide mucho más en la financiación de las medidas que se proponen especialmente a través del Fondo Social Europeo, y en el fomento de esta igualdad de oportunidades más allá de los aspectos puramente laborales o de Seguridad Social²⁸¹.

Se comienza a insistir a partir de estas fechas en la necesidad de que exista un seguimiento y evaluación de las medidas que se ponen en práctica. Será ya a partir del IV Programa de acción comunitaria (1996-2000) cuando el *mainstreaming* comience a estar presente de forma significativa, destacando la importancia de esa igualdad en lo privado y en lo público y para hombres y mujeres, de ahí que nos centremos en el estudio de este último programa.

Para entender esta forma de intervencionismo comunitaria, procederemos a analizar el IV y V Programas de Acción comunitarios. A continuación analizaremos los principales aspectos de los Informes que sobre la Igualdad de Oportunidades se han elaborado en los años 2002, 2003 y 2004.

De estos documentos vamos a extraer la imagen de cómo se estructuran los Programas de Acción comunitarios, cuáles son los objetivos principales que desde la Unión Europea se fijan en relación con esta igualdad que analizamos, cómo se articula la coordinación que debe existir entre las instituciones

²⁸¹ En relación con este punto podemos citar la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre "Integración de la igualdad entre hombres y mujeres en los documentos de programación de los Fondos Estructurales para 2000-2006". COM (2002) 748 final de 20 de diciembre de 2002. Por otra parte, se dice en el informe del año 2002 sobre Igualdad de Oportunidades que la Comisión "presentará [...] una propuesta de directiva sobre discriminación sexista basada en el artículo 13 del Tratado CE. Esta nueva base jurídica permitirá la adopción de medidas contra la discriminación por razones de sexo en ámbitos distintos al empleo y la Seguridad Social, que constituyen el campo de aplicación actual, bastante limitado, de la legislación comunitaria sobre igualdad". Punto V del Informe. Pág. 24. Como manifestación de esta recomendación se puede citar la Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. (DOCE L n° 373 de 21 de diciembre de 2004). Con esto se consigue extender este principio más allá de la esfera propiamente laboral y por tanto, pública donde hasta la fecha se ha aplicado el mismo. Además puede consultarse COMISIÓN EUROPEA *Manual sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea*. Dirección General de Empleo. Relaciones Laborales y Asuntos Sociales. Luxemburgo. Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades europeas. 1999.

comunitarias y los Estados miembros, cómo se controla su puesta en práctica y cómo son valorados por los defensores del Feminismo de la Diferencia.

Del IV Programa de Acción podemos destacar –como hemos indicado– el hecho de que se fije como objetivo la implantación de la técnica del “mainstreaming”, con el fin de conseguir la transversalidad tan destacada en la esfera económica, social y política,²⁸² y siempre teniendo en cuenta que nos encontramos en una economía cambiante que sigue siendo el ámbito de actuación y preocupación principal de la Unión. Esto último supone que a pesar de la filosofía que ahora empieza a presidir cualquier acción comunitaria basada en la Igualdad de Género, no podemos olvidar ni relegar a un segundo plano las cuestiones económicas que esta nueva perspectiva conlleva.

Para lograr todo esto, se dice en este documento que “*el Programa identificará y estimulará buenas prácticas y buenas políticas, animando la innovación y el intercambio de experiencias apropiadas, incluidas las acciones positivas*”²⁸³. Destacándose además el importante papel que desempeñan los Fondos estructurales especialmente desde el punto de vista de la financiación de estas actuaciones²⁸⁴.

En nuestra opinión, con estos programas que analizamos se pretende pasar del ámbito de la Igualdad formal al ámbito de la llamada Igualdad real o material²⁸⁵, especialmente mediante la propuesta de medidas elaboradas con la participación de todos los sujetos interesados²⁸⁶, aunque teniendo en cuenta en

²⁸² Como señala HOSKYNYS C “[en este cuarto programa destaca] la continua preocupación por la transversalidad, que, mientras que en el PA 3 era experimental, ahora se convierte en el principio rector del programa de acción”. *op. cit.*, pág. 81. Esta misma autora destaca que “mientras que en los años 70 y en el PA 1 se consideraba que el papel de la política comunitaria era establecer normas comunes y marcar el rumbo, en los años 90 y en el PA 4 la Comisión ha actuado más como facilitador y supervisor que como generador de política.”. *op. cit.*, pág. 85.

²⁸³ Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). *op. cit.*, pág. 9.

²⁸⁴ Para la puesta en práctica de esas políticas es importante la cuestión financiera de ahí el destacado papel de los Fondos estructurales, y en especial, del Fondo Social Europeo. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. destaca este papel cuando señala que “[...] el nuevo Reglamento de los Fondos estructurales (2000-2006) ha previsto en su artículo 1 como uno de los objetivos generales de los Fondos, el fomento de la igualdad y la eliminación de las desigualdades entre hombres y mujeres, de modo que cada uno de los fondos específicos deberá incluir medidas sobre fomento de la igualdad. El Fondo Social Europeo se centrará en el fomento de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo; el Fondo Europeo de Desarrollo Regional apoyará la creación de empresas y los proyectos en materia de compaginación de la vida familiar y profesional; y el FEOGA apoyará los proyectos del desarrollo rural presentados por mujeres”. “Igualdad de género y políticas comunitarias”. *op. cit.*, pág. 7. Asimismo puede consultarse ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1999, pág.111-113.

²⁸⁵ Así se destaca en el IV programa cuando señala que “consciente de que la igualdad de derecho es una condición necesaria, pero no suficiente para conseguir la igualdad real de oportunidades, la Comunidad mediante sus tres programas sucesivos para la igualdad de oportunidades ha elaborado simultánea y progresivamente un gran número de acciones dirigidas a fomentar la igualdad de hecho entre las mujeres y los hombres, utilizando para ello instrumentos y mecanismos diversos y complementarios, que han culminado en el Tercer Programa de acción [...]” Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). *op. cit.*, pág. 15

²⁸⁶ En relación con el IV programa, “se envió a la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo, al Comité consultivo sobre la igualdad de oportunidades y derechos de la mujer, al lobby europeo de mujeres y a los interlocutores sociales, un breve documento de consulta (denominado) “Fomento de la igualdad de oportunidades” con las principales características del programa.” Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). *op. cit.*, pág. 17.

todo momento que la actuación de la Unión mediante este tipo de programas debe limitarse a meras recomendaciones dirigidas a los Estados miembros, que son los auténticos legitimados para la traducción de esas propuestas en acciones concretas generadoras de derechos y obligaciones para los trabajadores y empresarios que intervienen en el mercado laboral²⁸⁷.

En estos Programas hemos pasado de la defensa de la Igualdad de oportunidades a la defensa de la Igualdad de Género, la cual demanda una mayor atención para la esfera privada, al constituir ésta un obstáculo para que las medidas que se adaptan en la esfera pública sean eficaces. Esta demanda exige un cambio de mentalidad en los hombres y también en las mujeres, especialmente en algunos países europeos como los situados al sur de Europa más conservadores en esta materia y donde la incorporación de la mujer a la esfera pública ha sido más tardía. Esto es lo que justifica que para muchos aspectos relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres miremos a países como Holanda o Dinamarca, donde la concienciación sobre la materia se encuentra en un estado más avanzado, además del respaldo que supone tener una economía saneada.

Ya en el ámbito de la puesta en práctica del Programa de Acción, debemos decir que éste se articula de manera que cada objetivo fijado en el mismo lleva aparejadas una serie de acciones concretas para su consecución²⁸⁸, destacando en este sentido además de las relativas a la conciliación de la vida

²⁸⁷ Así se reconoce en el texto del IV Programa cuando se señala que “[...] hay que tener claro que la Unión no puede ni debe monopolizar la acción, ya que ésta depende de los Estados miembros, de sus sistemas educativos, de sus autoridades regionales y locales, de los distintos socios de la vida económica y social, de los interlocutores sociales, de las organizaciones de voluntarios y voluntarias, de los medios de comunicación y por supuesto de la colaboración de los hombres y de las mujeres”. Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). *op.cit.*, pág. 18.

²⁸⁸ Por ejemplo, en el IV Programa se procedió a fijar los siguientes objetivos y medidas de acción:

- 1.- Establecimiento de la cooperación en una sociedad cambiante: fomentando la cooperación entre las partes implicadas a nivel nacional y comunitario, en incluso regional y local, fomentado la igualdad a través del diálogo social, apoyando económicamente los proyectos que pretendan integrar esta igualdad, fomentando un cambio de actitudes mediante la educación, cultura y medios de comunicación.
- 2.- Fomento de la igualdad en una economía cambiante: suprimiendo la segregación existente en los mercados de trabajo, fomentando el incremento del número de mujeres empresarias, exaltando la importancia de los Fondos estructurales.
- 3.- Conciliación del trabajo y la vida familiar de hombres y mujeres: tras constatar los obstáculos existentes para ello, especialmente en relación con los horarios, la distribución de roles, especialmente en los ámbitos rurales, se declara que la política basada exclusivamente en proporcionar “permisos a los trabajadores” es insuficiente, siendo necesario dotar de otros instrumentos a los interesados tales como servicios de atención y cuidado de personas mayores, de niños, etc. En especial, en este punto se destaca algo que se ha venido defendiendo desde el inicio de esta investigación y es la individualización de derechos para los trabajadores, hombres y mujeres.
- 4.- Fomento de una participación equilibrada de los hombres y de las mujeres en la toma de decisiones: fomentado la investigación y el intercambio de información y de buenas prácticas.
- 5.- Realización del ejercicio de los derechos de las mujeres: garantizando la aplicación de la legislación protectora de las mismas, difundiendo la información necesaria sobre los mismos, protegiendo su dignidad en la esfera laboral.
- 6.- Y finalmente, mediante el establecimiento de un adecuado mecanismo de aplicación, seguimiento y evaluación del programa. Para lo primero, se utilizará el mecanismo de la “cooperación y coordinación” (clearing house) con los Estados miembros, especialmente a través del Comité consultivo de igualdad de oportunidades integrado por representantes nacionales expertos sobre la materia. En cuanto al seguimiento del programa, éste se hará a través de los informes anuales que elaborará la Comisión con el asesoramiento del Comité consultivo. Y finalmente, la integración de la

familiar y laboral, las referidas especialmente a los tiempos de trabajo, a los sistemas de protección y ayuda social, así como las relativas al seguimiento y control de los programas, lo que se lleva a cabo a través de los organismos comunitarios expertos en la materia, cuyas conclusiones constituyen la base para ulteriores programas y medidas de acción²⁸⁹.

Con esta forma de actuación, se consigue un proceso de evaluación continua como lo demuestra el examen de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece el V Programa de Acción Comunitaria sobre “La estrategia comunitaria en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005)”²⁹⁰.

De este último documento debemos destacar como el propio título que se le ha dado al mismo nos muestra una pequeña variación en la estrategia comunitaria sobre la Igualdad de trato. De la igualdad de oportunidades se ha pasado a un concepto más amplio, el de “igualdad entre hombres y mujeres”, y ello porque la experiencia ha demostrado que la intervención de los poderes públicos debe ir más allá del propio mercado de trabajo o del ámbito económico, englobando aspectos más propios de la vida privada y familiar de los individuos – como venimos apuntando-, con las dificultades que eso conlleva por estar referido a la parcela privada de los sujetos²⁹¹. Esta misma evolución es la que se observa en el Informe del año 2004 que analizaremos a continuación.

Además de lo anterior, en esta Decisión del año 2000 se señala como la experiencia ha demostrado que la acción comunitaria debe combinar “legislación y acciones concretas, concebidas para reforzarse mutuamente”²⁹², y ello por lo que comentábamos anteriormente, y es que los programas o acciones sin más son insuficientes por su ausencia de obligatoriedad y viceversa, es decir, las legislaciones por sí solas también lo son, ya que suelen articularse mediante declaraciones demasiado genéricas que a la hora de ser puestas en práctica en cada uno de los Estados miembros, provocan importantes diferencias en los

igualdad de oportunidades se hará “por el grupo de comisarios y comisarias encargado del tema de la igualdad, creado en 1995, y el grupo interdepartamental que prepara sus trabajos a fin de fomentar la participación de todos los servicios correspondientes de la Comisión en los asuntos de igualdad de oportunidades”. Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000). *op.cit.*, pág. 21.

²⁸⁹ Sobre este Programa puede consultarse EUROPEAN COMMUNITIES Magazine of the Medium-term Community action Programme on Equal Opportunities for Women and Men (1996-2000). n.º 10. Office for Official Publications of the European Communities. Luxemburgo. 2001. http://www.europea.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/index_en.htm de 23 de agosto de 2005.

²⁹⁰ DOCE L n.º 17 de 19 de enero de 2001. Esta Decisión trae causa de la Comunicación presentada por la Comisión europea, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Hacia una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), COM (2000) 335 final.

²⁹¹ Esto permite hablar del año 2000, como el año en el cual se adopta por la Comisión europea “la primera estrategia marco global la igualdad entre mujeres y hombres, ya que cubre todos los aspectos de la cuestión: igualdad en la vida económica, social y cívica, igualdad en la toma de decisiones, roles tradicionales y estereotipos”, “[...] integra todos los diversos programas e iniciativas que antes se trataban separadamente, muchas veces con cargo a diferentes partidas presupuestarias”. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europea, al Comité económico y social y al Comité de las Regiones: Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea (2000). COM (2001) 179 final. Pág. 2 y 5.

²⁹² Considerando 2 de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

ordenamientos jurídicos, por la propia interpretación que de las mismas realizan esos Estados miembros²⁹³.

También en esta disposición se destaca un aspecto ya resaltado y es la importancia del papel de los hombres para la consecución de la igualdad entre los sexos. Esta declaración que parece una invitación a los varones para que participen del proyecto, debe ser completada con una serie de mecanismos que les permitan hacer posible esa invitación, ya que como hemos avanzado en algún momento los hombres trabajadores no disponen de medios suficientes para hacer posible la conciliación de su vida familiar y profesional²⁹⁴.

Centrándonos ya en la forma de estructuración de estos programas debemos señalar que el V Programa, al igual que los anteriores programas, fija una serie de objetivos para cuya realización propone una serie de acciones comunitarias concretas²⁹⁵. Los objetivos a conseguir en el período 2001-2005 fueron los siguientes:

- Promover y difundir los valores y prácticas en los que se basa la igualdad entre mujeres y hombres. Se trata de concienciar a la sociedad en general de la necesidad de cambio en las relaciones entre mujeres y hombres, tanto en lo público como en lo privado²⁹⁶.
- Mejorar la comprensión de las cuestiones relacionadas con la igualdad entre mujeres y hombres, examinando la eficacia de las políticas y las prácticas mediante un análisis previo de las mismas, el seguimiento de su aplicación y la evaluación de su impacto. Se trata de poner en práctica el método del mainstreaming y, por tanto, analizar en el momento del diseño, aplicación y control el impacto que dichas políticas tienen para hombres y mujeres.
- Y potenciar la capacidad de los agentes sociales para promover eficazmente la igualdad entre mujeres y hombres, en particular fomentando

²⁹³ Sobre este Programa puede consultarse EUROPEAN COMMUNITIES *Magazine of the Gender Equality Programme (2001-2005)*. nº 11 Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo. 2002. http://www.europa.eu.int/comm./employment_social/equ_opp/index_en.htm. de 23 de agosto de 2005.

²⁹⁴ El mecanismo utilizado en este nuevo Programa continúa la trayectoria anterior, es decir, pretende establecer “la estructura de las actividades horizontales y de coordinación necesarias para garantizar la coherencia y desarrollar sinergias en el contexto de la aplicación de la estrategia marco comunitaria” (considerando 10). Como se señala en el segundo de sus artículos, este programa “es uno de los instrumentos necesarios para la puesta en práctica de la estrategia global comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres, que abarca todas las políticas y todas las acciones comunitarias encaminadas a alcanzar dicha igualdad [...]”. Esto enlaza perfectamente con el punto 2 de este mismo artículo que señala todos aquellos ámbitos en relación con los cuales el programa se relaciona: vida económica, igualdad de participación y representación, derechos sociales, vida civil, así como roles y estereotipos establecidos en función del sexo.

²⁹⁵ Sobre esta materia puede consultarse, entre otros, GARCÍA NICOLÁS, C. “Igualdad de oportunidades en la Unión Europea y en España”. En FLECHA ANDRÉS, J.R. y GARCÍA NICOLÁS, C. (Coordinadores) *Mujer e igualdad de oportunidades*. op. cit., págs. 115 a 134. ORTIZ LALLANA, M. C. “Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47, 2003, págs. 99-109.

²⁹⁶ Sobre este punto puede consultarse FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, X. *Educación e igualdad de oportunidades entre sexos*. Editorial Horsori Barcelona. 2003. Asimismo ARGÜELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. op. cit. Pág. 25. GONZALO MUÑOZ, C. y MUÑOZ GONZALO, A. *Igualdad de oportunidades socio-profesionales*. Instituto de Educación Secundaria Eijo y Garay, Madrid, 2002.

el intercambio de información y buenas prácticas y el establecimiento de redes a nivel comunitario. Se trata de utilizar como vehículo de implantación de esta perspectiva a los propios agentes sociales, tanto los del lado empresarial como los que defienden los intereses de los trabajadores. Además de la labor de estos agentes se destaca el trabajo que pueden desempeñar otras organizaciones de mujeres como el Lobby Europeo de Mujeres²⁹⁷, impulsado por organizaciones no gubernamentales nacionales y europeas y centrado en la defensa de los intereses de las mujeres que viven en la Unión Europea.

Si se observa detenidamente, los objetivos no varían demasiado de un programa a otro, ya que en el Programa vigente entre 1996 y el año 2000 se señalaba expresamente la necesidad de que existiera cooperación entre las partes implicadas, instituciones e interlocutores sociales; la necesidad de supresión de la segregación profesional²⁹⁸; de fomento del autoempleo femenino; de control en la aplicación, seguimiento y evaluación del programa, etc. De manera que podemos afirmar que estos objetivos coinciden con los objetivos enumerados en la página anterior. En el V Programa sólo se matizan algunas de las cuestiones que respecto de los anteriores programas se ha comprobado que resultan insuficientes, como la comprensión de las cuestiones de género por todos los sujetos que intervienen en la sociedad o el papel de los agentes sociales.

A esto se añade, en el considerando decimotercero de este Programa, la conveniencia de que la puesta en práctica del mismo se haga con un lenguaje claro, sencillo y accesible, y ello porque la realidad ha demostrado que muchas de las declaraciones de la Unión en esta materia se han quedado precisamente en eso, en meras declaraciones de difícil traducción práctica.

En cualquier caso, y a pesar del tono crítico de nuestra valoración, no podemos olvidar el alcance que pueden llegar a tener intervenciones como las aquí analizadas que, siempre de forma subsidiaria y mediante la técnica de la "coordinación", pretenden auxiliar a los Estados miembros proponiendo acciones tales como:

- La sensibilización a todos los niveles de la promoción de la igualdad²⁹⁹.
- La recopilación de información sobre el impacto de la materia en todos los ámbitos posibles.
- Y la cooperación transnacional entre los diversos agentes sociales.

Para la consecución de todos estos objetivos en el V Programa, se fijan una serie de cometidos propios de la Comisión europea³⁰⁰ y otros que ésta

²⁹⁷ Creado en el año 1990. Esta materia puede ampliarse en ASTELARRA, J. *op. cit.*, pág. 312.

²⁹⁸ Sobre este aspecto puede consultarse, en concreto, JANJIC, M. "Diversificar el trabajo de las mujeres, condición indispensable para una auténtica igualdad de oportunidades". *Revista Internacional del Trabajo*. Volúmen 100, nº 2 abril-junio de 1981, pág. 12 y ss.

²⁹⁹ Este punto aparece desarrollado en el apartado III del anexo de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

³⁰⁰ Sobre estos aspectos puede consultarse entre otros ASTELARRA, J. *op. cit.*, pág. 298 y ss.

deberá llevar a cabo junto con los Estados miembros, de ahí la necesidad de coordinación. Sobre los primeros cometidos podemos destacar la exigencia de que la Comisión:

- a) Ponga en práctica las acciones comunitarias destacadas anteriormente, de forma específica y clara.
- b) Mantenga periódicamente un intercambio de pareceres con todos los sujetos interesados en la materia sobre la aplicación y seguimiento del programa.
- c) Y que promueva la colaboración y el diálogo activo entre todos los participantes en el programa.

Se trata de actuaciones principalmente de impulso de las mejoras que son necesarias en la materia que analizamos, mejoras que se deben concretar y aplicar por los Estados miembros, los cuales en un momento posterior deberán difundir los resultados de las concretas acciones adoptadas y garantizar la publicidad de las mismas³⁰¹. Todo ello con la ayuda de "*los organismos públicos y privados que participan en la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres*"³⁰².

Finalmente sobre el control de la aplicación del V Programa, podemos reseñar que al igual que en los anteriores, ese control se debía realizar mediante un informe intermedio elaborado por la Comisión a finales del año 2003, y que analizaremos a continuación, y un informe final que la Comisión debió presentar al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones en el año 2006³⁰³.

En conclusión, la trascendencia de este tipo de Programas se centra principalmente en el hecho de que sirven de justificación para la canalización de las ayudas económicas que desde la Unión llegan a los Estados miembros³⁰⁴, auténticos artífices de las políticas de igualdad entre mujeres y hombres, y ello no porque la voluntad de las instituciones europeas no sea la de hacer realidad este principio, sino porque la competencia para ello es limitada y debe por tanto, ser canalizada de este modo.

A pesar de esta limitación en su actuación, lo cierto es que la Unión puede influir en los Estados miembros en cuanto a la perspectiva que inspira la actuación de los mismos, adoptando bien los postulados de un Feminismo más tradicional basado en la Igualdad formal y práctica de hombres y mujeres, sin

³⁰¹ Artículo 5 de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

³⁰² Especialmente, se señala en el punto II del anexo de la Decisión: los Estados miembros, las autoridades regionales y locales, los organismos de promoción de la igualdad entre mujeres y hombres, los interlocutores sociales, las organizaciones no gubernamentales, las universidades y centros de investigación, las oficinas nacionales de estadísticas y los medios de comunicación.

³⁰³ Artículo 12 de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

³⁰⁴ En parecidos términos se pronuncia OSORO, C. "Avances normativos en materia de igualdad de oportunidades". *Actas de Jornadas sobre los 20 años de las Secretarías de la Mujer de Comisiones Obreras*. Madrid, 1999, pág. 17.

reconocer elementos de diferencia, o bien puede -como realmente ha ocurrido- adoptar los postulados del Feminismo de la Diferencia y proponer que se atiendan a las diferencias de los individuos en todos los ámbitos de acción del mismo, aunque la parcela privada aún en estas fechas resulte escasamente tratada. Éste sería el siguiente paso a dar en la actuación e intervención comunitaria, paso que creemos es posible a pesar de las limitaciones de intervención que estamos analizando.

Para terminar con el punto relativo a los Programas comunitarios sobre la Igualdad de Oportunidades, analizaremos los Informes que la Comisión Europea ha realizado sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular los elaborados en los años 2002³⁰⁵, 2003³⁰⁶ y 2004³⁰⁷.

El objetivo del primer informe, como se señala en el mismo, es ofrecer *“una visión general de los principales avances y logros a nivel europeo y nacional durante el año 2001 y hacer hincapié en las perspectivas para el año 2002”*³⁰⁸.

Sobre el procedimiento de intervención de la Unión, se recuerda que se trata de planificar, establecer objetivos específicos y controlar la puesta en práctica de las concretas medidas de acción que los Estados miembros hayan aplicado, todo ello al final de cada año. Esto se entiende si recordamos lo dicho más arriba sobre la limitación de intervención de las instituciones comunitarias.

En este informe se señala que a diferencia del año 2001, que tuvo como objetivo prioritario la *“Igualdad de retribución entre hombres y mujeres”*³⁰⁹, el año 2002 se encontrará marcado por la realización del objetivo de *“Conciliar la vida familiar y laboral de las personas que trabajan”*³¹⁰. Los objetivos que se fijaron para los dos próximos años fueron para el 2003 aumentar la presencia de las mujeres en el proceso de toma de decisiones, y para el 2004 eliminar los estereotipos sexistas que aún hoy persisten.

³⁰⁵ Documento COM (2002) 258 final de 28 de mayo de 2002.

³⁰⁶ Documento COM (2003) 98 final de 5 de marzo de 2003.

³⁰⁷ Documento COM (2004) 115 final de 19 de febrero de 2004. En el año 2005 lo que se ha aprobado es un informe sobre igualdad en general entre hombres y mujeres, no uno específico de igualdad de oportunidades, de ahí que no lo hayamos incluido en este capítulo aunque será analizado posteriormente.

³⁰⁸ Página 2 del Informe.

³⁰⁹ De algunos documentos comunitarios puede extraerse la conclusión de que si bien se ha producido un avance sobre esta cuestión, queda mucho camino por recorrer. Así lo pone de manifiesto la Comisión europea cuando señala que, al elaborar las directrices sobre empleo y economía para el año 2002, *“once Estados miembros recibieron una recomendación sobre la necesidad de reforzar la igualdad entre hombres y mujeres (Alemania, Grecia, España, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Austria; Portugal, Finlandia, Suecia y el Reino Unido). Teniendo en cuenta la falta de progresos en el terreno de las diferencias de retribución entre hombres y mujeres, la Comisión propuso una directriz reforzada en este ámbito que, sin embargo, fue rechazada por el Consejo. Por todo ello, este órgano se ha comprometido a revisar la cuestión en el presente año (2002)”*. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la Unión Europea en 2001. COM (2002) 258 final de 28 de mayo de 2002. Pág. 7.

³¹⁰ Además en este punto, puede consultarse la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la Estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres: Programa de trabajo para 2002 COM (2001) 773 final, que reproduce prácticamente el contenido destacado.

Para conseguir estos últimos objetivos se han tomado varias iniciativas a nivel europeo. Expresamente se señala en el informe que *“se atenderá a la financiación de proyectos transnacionales, a la mejora de las estadísticas y de los indicadores, y se elaborará un informe sobre la Directiva sobre el permiso parental, fundamentalmente con el fin de detectar los motivos por los cuales los padres no han hecho uso de este derecho”*. Esta declaración se encuentra relacionada íntimamente con el objetivo fijado para el año 2002 de facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral.

En concreto el informe sobre la Directiva relativa al permiso parental se aprobó en junio del año 2003 y será analizado en la última política que estudiaremos relativa a la conciliación de los tiempos de trabajo y atención a las responsabilidades familiares. En cuanto a la mejora de las estadísticas no debemos considerarla como una cuestión accesoria, ya que son uno de los instrumentos utilizados para determinar la existencia de discriminaciones y decidir sobre la adopción o no de algunas medidas como por ejemplo, las de acción positiva.

Hasta el momento una de las críticas que se ha realizado por los defensores de los postulados del Feminismo de la Diferencia es que, en ocasiones, las estadísticas no son fiables, bien porque no contienen datos desagregados por sexo, bien porque los datos no resultan correctos para los que de una forma u otra conocen la realidad que se describe, de ahí que se recomiende un mayor rigor y certeza de los datos que proporcionan.

En el segundo Informe citado, el elaborado en el año 2003 y referido a la situación existente en el año 2002, se vuelve a insistir en la necesidad de integrar la perspectiva de género en todas las políticas y acciones de la Unión europea. De hecho, se señala como en el año 2002 la evaluación que se realizó de la Estrategia Europea para el Empleo y que será comentada en páginas siguientes, estuvo presidida por esa perspectiva de género también a la hora de analizar el papel de los Fondos estructurales³¹¹. Sobre este aspecto que es de gran importancia volveremos en el capítulo siguiente.

A todo esto se añade en este informe la intención de refundir el complejo normativo existente a nivel comunitario sobre la igualdad entre mujeres y hombres, de manera que se simplifique y actualice el actual tejido legal. Esto último constituye una demanda realizada desde diferentes instancias que consideran que la abundante legislación existente en materia de igualdad de trato dificulta su comprensión y especialmente su aplicación, ya que el complejo normativo existente en esta materia y entre el que podemos encontrar normas de

³¹¹ Concretamente se señala que *“si se quiere lograr una sociedad caracterizada por la igualdad de género, la Unión debe seguir trabajando para eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre hombres y mujeres en todas sus políticas y acciones (integración de la perspectiva de género). [...] La Estrategia marco sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres ha seguido proporcionando la estructura para integrar la perspectiva de género en todos los ámbitos políticos, y así, en 2002, asistimos a una evaluación de la estrategia europea de empleo en la que se tuvieron en cuenta las consecuencias de dicha integración, y a un análisis de los Fondos Estructurales desde el punto de vista del género.”*. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión europea en el año 2002. COM (2003) 98 final de 5 de marzo de 2003. pág. 2

obligado cumplimiento por los Estados junto con normas que son meras recomendaciones, provoca un desconcierto que los sujetos que intervienen en el mercado de trabajo no son capaces de asumir, de ahí que se abogue por su simplificación y codificación.

Finalmente en el Informe aprobado en el año 2004 y referido al año 2003, se vuelve a recordar la importancia que la legislación sobre igualdad de trato tiene en el plano socioeconómico, especialmente para que la Unión Europea pueda alcanzar los objetivos de desarrollo y crecimiento económicos formulados en los últimos años y que son muy ambiciosos³¹².

De este informe se extrae también una idea ya apuntada y es la repetición de objetivos y acciones en los distintos Programas de Acción. El análisis de los mismos permite comprobar como las recomendaciones que cada año se lanzan desde la instituciones europeas siguen insistiendo en los mismos aspectos: la brecha salarial entre mujeres y hombres; la necesaria simplificación de la legislación sobre igualdad de trato; la consideración de la conciliación de la vida personal y profesional como un problema que no es exclusivo de las mujeres; la necesidad de que exista una mayor participación de las mujeres en los órganos que toman decisiones importantes en las empresas tanto públicas como privadas; y la integración de la perspectiva de género en todos los ámbitos de la sociedad.

Por tanto, parece que los objetivos y las acciones que deben aplicarse para su consecución no varían demasiado de un año a otro, o de un programa a otro, esto se debe a la propia lentitud del funcionamiento de las medidas que ya se han aprobado y que están siendo puestas en práctica en estos momentos. El cambio no es ni a coste cero ni puede realizarse de un día para otro, pero tampoco podemos estancar el diseño de acciones por el hecho de que algunas no resulten efectivas. Quizás se trataría de cambiar la propia estrategia para conseguir esa igualdad de oportunidades y centrarnos ahora en la parcela privada que genera problemas, los cuales impiden a su vez que se desarrolle la parcela pública, especialmente la de las mujeres.

Para terminar con el estudio de los Programas de Acción nos interesa conocer la evaluación que de los mismos se ha hecho desde el Feminismo de la Diferencia. Aunque debemos reconocer que han sido escasos los estudios realizados desde esta perspectiva en relación con dichos programas, de ahí que muchas de las valoraciones que realizamos a continuación sean fruto del propio análisis del doctorando.

Partiendo de esta idea y desde la perspectiva de esta postura feminista se puede concluir respecto de los Programas de Acción Comunitarios que han

³¹² El Informe que sobre la Igualdad se ha elaborado en el año 2005, supone un avance respecto de los anteriores como tendremos oportunidad de comprobar en próximas páginas, ya que no está referido en exclusiva a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, sino a la igualdad en general entre ambos colectivos. El documento que lo aprueba, COM (2005) 44 final de 14 de febrero de 2005, trata aspectos relacionados con la inmigración, la política, el mercado laboral, la demografía, etc.

supuesto un mecanismo de avance en la materia que analizamos, si bien se han encontrado con una serie de obstáculos como son las importantes cuotas de poder que aún tienen los Estados miembros, lo que se ha puesto de manifiesto especialmente en los primeros Programas aprobados, donde las reticencias para incorporar mejoras en el seno de las instituciones que diseñaban los mismos eran patentes. Esta situación cambió gracias al reforzamiento del papel del Parlamento Europeo tras las reformas llevadas a cabo en Maastricht y Amsterdam, y por su puesto por la influencia del Tribunal de Justicia europeo y de la propia Comisión en cuanto órgano con poder ejecutivo y de control de la actuación de los Estados.

También ha supuesto un avance de gran envergadura la adopción de la técnica del *mainstreaming*, ya que gracias a la misma se debe analizar el impacto en hombres y mujeres de las medidas aprobadas, especialmente las financiadas por el Fondo Social Europeo³¹³. Ya hemos puesto de relieve en algún momento lo costoso de este tipo de mecanismos. Este análisis del impacto va permitir que se adopten, entre otro tipo de medidas, las llamadas de acción positiva bien para mujeres bien para hombres. Este último debe ser el siguiente paso a dar desde las instancias comunitarias. Éste es el ámbito que reclama más atención en este momento, para poder ajustar los desequilibrios de las cuatro parcelas analizadas desde el comienzo de esta investigación³¹⁴.

Además este mecanismo de intervención comunitaria que es el Programa de Acción, ha supuesto que en aquellos países donde no existía tradición de adoptar medidas para la igualdad, su aprobación y desarrollo se haya institucionalizado, esto es lo que ha ocurrido de hecho en los países del Mediterráneo³¹⁵. Aunque aún queda mucho para que esta conducta se centre, desde el punto de vista nacional, en el reparto real de responsabilidades familiares entre mujeres y hombres, adoptando medidas para ambos de forma separada e individualizada como propone la normativa comunitaria que analizaremos en la última política.

Al mismo tiempo estos Programas de Acción, centrados como hemos dicho en la parcela pública de las mujeres, han contribuido a aumentar el nivel de empleo femenino, pero esto se ha hecho de forma mayoritaria acudiendo al

³¹³ Además de las concretas medidas que los Fondos estructurales financian en los Estados miembros, se han puesto en práctica otras iniciativas comunitarias que completan las anteriores. A modo de ejemplo puede destacarse la iniciativa NOW que promueve proyectos transnacionales de carácter innovador, que tengan como objetivo la consecución de la igualdad de oportunidades de las mujeres en el sector del empleo y de la formación profesional, así como en el acceso al mercado laboral. El Programa NOW, estrategia de coordinación financiera entre los Estados miembros y los Fondos estructurales comunitarios, tiene como objetivos principales: -La creación de pequeñas empresas y de cooperativas por parte de mujeres. -La formación de las mujeres, y la puesta en práctica de medidas de apoyo para ayudar a dichas mujeres a encontrar un empleo y a reinserirse en la vida profesional. También se puede destacar la iniciativa HORINZON destinada a los minusválidos y otros grupos desfavorecidos, además de fomentar las medidas que mejoren la cualificación, la integración y el acceso al mercado de trabajo: Por ejemplo, mujeres minusválidas, mujeres que se ocupan ellas solas del cuidado de los hijos, receptoras de ayuda social, mujeres drogadictas, etc. Y finalmente podemos destacar la iniciativa YOUTHSTART destinada a prevenir el paro juvenil, en particular de las mujeres menores de 20 años que no poseen una formación escolar. De forma especial se hablará en el capítulo siguiente, dedicado a la Política de Empleo, del Programa EQUAL.

³¹⁴ En parecidos términos se pronuncia PLANTENGA, J. y HANSEN, J. "Balance de la igualdad de oportunidades en la Unión Europea". *Revista Internacional del Trabajo*. Volúmen 118, nº 4, 1999, págs. 393-424.

³¹⁵ Véase ASTELARRA, J. *op. cit.*, págs. 312 y 313.

empleo temporal y al trabajo a tiempo parcial, con los inconvenientes que desde la protección social esto ha provocado, es decir, al ser las mujeres las usuarias principales de las rentas más bajas y menos estables también esto se traduce en el plano de las rentas de sustitución que suponen las distintas ayudas contributivas que conceden los Estados miembros³¹⁶.

Esto es difícil de evitar ya que el trabajo se ha convertido en un bien escaso que a la hora de ser repartido provoca desigualdades, unas justificadas y otras no. La única crítica que se puede hacer a esta realidad es que ese reparto no ha sido equitativo y por ello son las mujeres las más perjudicadas. Esto último se ha puesto de manifiesto en el capítulo tercero al analizar la posición de la mujer en el mercado de trabajo.

Por último y respecto de los Programas de Acción comunitarios, según algunos autores, toda esta evolución que valoramos positivamente merece una observación crítica ya que *“no se ha creado una legislación obligatoria equivalente a lo que fue la garantía de a igual trabajo igual salario del artículo 119 del Tratado de Roma. Se han establecido, en cambio, procedimientos administrativos de bajo perfil que son más bien proclamaciones que llegarán de modo desigual a las mujeres y hombres europeos”*³¹⁷.

Si bien esto es cierto, no podemos olvidar la importancia de disposiciones como el documento de la Comisión Europea COM (96) 67 de 21 de febrero de 1996³¹⁸, el cual exige que a partir de esta fecha se incorpore la técnica de la transversalidad a cualquier forma de intervención legislativa comunitaria. Además de que la propia configuración del fenómeno que comentamos dificulta su codificación en una sola norma legal al afectar a todos los sectores donde hombres y mujeres intervengan.

En resumen, la igualdad entre los géneros es el objetivo a perseguir y es esto lo que debe compararse con esa igualdad de salarios consagrada en el artículo 119 del Tratado y que cita el autor. Partiendo de esta idea, podemos afirmar que el *mainstreaming* y la perspectiva de género son los mecanismos para su consecución, no el fin en sí mismo.

En la medida en que esa Igualdad de Género abarca muchas parcelas de la vida de esos hombres y mujeres no puede limitarse a ser recogido en un precepto que contenga todas y cada una de esas parcelas, esa labor de compilación o sistemática no debe realizarla el legislador, ni el comunitario ni el nacional. Lo que debe tener el legislador es la voluntad de que dicho fin se consiga y de que se tengan en cuenta las necesidades de hombres y mujeres. Para ello se

³¹⁶ Para ampliar esta información puede consultarse ORTIZ LALLANA, M. C. “La Política comunitaria de empleo sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. págs. 6-13 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005.

³¹⁷ ASTELARRA, J. comenta palabras de Mark A. Pollack y Emilie Hafner- Burton .op. cit., pág. 318.

³¹⁸ Los documentos COM son propuestas legislativas y otras comunicaciones de la Comisión al Consejo o a las demás instituciones y sus trabajos preparatorios.

señala la conveniencia de que estas necesidades diferenciadas se tengan en cuenta a la hora de aprobar cualquier norma, es una filosofía de fondo, una forma de vivir y regular las relaciones de los individuos, no una garantía concreta que deba recogerse en una política comunitaria concreta, como ocurre con esa igualdad de salarios.

6.3. Medidas de Acción positiva y Medidas de fomento de la Igualdad de Oportunidades

Como señalamos al comenzar el examen de los Programas Comunitarios para la Igualdad de Oportunidades, la consecución de dicha igualdad se ha pretendido realizar también mediante la técnica de las llamadas “Medidas de Acción Positiva”, además de su realización por dichos programas. Estas medidas suponen –como también señalamos anteriormente– una alteración del principio de igualdad de trato justificada por razones objetivas como son los diferentes puntos de partida entre hombres y mujeres a la hora de acceder a un determinado segmento de la sociedad, en este caso el mercado de trabajo. Estos diferentes puntos de partida existen por la tradicional división de roles en la vida privada y pública de estos hombres y mujeres³¹⁹.

A la hora de definir qué se entiende por medida de acción positiva, debemos destacar la abundante doctrina existente sobre la materia que pone de manifiesto que ni los ciudadanos ni siquiera los propios juristas en ocasiones, utilizan correctamente el término de “medida de acción positiva”. Entre las múltiples definiciones que podríamos aportar destaca aquella que las considera “*como el conjunto de medidas de impulso y promoción que tienen por objetivo establecer la igualdad entre hombres y mujeres en materia de oportunidades de empleo y ocupación, sobre todo mediante la eliminación de las desigualdades de hecho*”³²⁰. En definitiva, supone adoptar medidas para un colectivo que por razones no objetivas se encuentra infrarepresentando y por ello se le otorga un privilegio.

³¹⁹ Sobre esta cuestión puede consultarse SÁNCHEZ LÓPEZ, M.B. *Política comunitaria contra las discriminaciones de la mujer en el trabajo*. Editorial Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 51-104.

³²⁰ VOGEL POLSKY, E. “Los programas de acción positiva a favor de las mujeres” *Revista Internacional del Trabajo*. Volúmen 104. nº 2, 1985, págs. 234 y ss. Según la definición proporcionada por el Comité para la Igualdad entre hombres y mujeres del Consejo de Europa, la acción positiva “*es una estrategia destinada a establecer la igualdad de oportunidades a través de unas medidas que permitan contrastar o corregir aquellas discriminaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales*”. *Guía de buenas prácticas para la implantación de acciones positivas en las empresas. Programa Óptima*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid, 2000. pág. 21. Existen otros conceptos de acción positiva. Por ejemplo, “*la acción positiva consiste en una estrategia destinada a combatir la discriminación, o los efectos perjudiciales que se derivan de la discriminación, en un colectivo discriminado*”. Este concepto así como las características principales de las medidas de acción positiva son destacadas por SUAREZ LLANOS, M.L. a la hora de comentar la obra de Dema/2000. *Teoría Feminista, Política y Derecho*. Dykinson, 2002, págs. 73 y ss. En resumen, para poner en práctica la técnica de la Acción positiva debe existir un colectivo discriminado, se justifiquen en cuanto remedios frente a los perjuicios sufridos en el presente o pasado por ese colectivo, la finalidad es igualatoria respecto al resto de personas no discriminadas, no pueden considerarse como un derecho en sí, sino como una técnica de protección de un derecho previamente existente, es preciso que se de una situación especial de escasez (en el trabajo, por ejemplo), implica una diferencia de trato no discriminatoria, deben ser particulares y temporales ya que se justifican por una situación específica y deben durar mientras se prolongue la situación discriminatoria y, hasta que se alcance el objetivo de redistribución previsto, y deben ser proporcionadas y razonables.

A pesar de la aparente claridad de la definición, lo cierto es que el concepto de medida acción positiva ha llegado a plantear algún problema de contradicción cuando ha sido sustituido por el concepto de "discriminación positiva", utilizado éste como sinónimo del primero. En este sentido podemos destacar unas palabras de PÉREZ DEL RÍO, que aunque puedan resultar obvias son en ocasiones olvidadas. Apunta esta autora que *"es de señalar la inadecuada utilización de la expresión "discriminación positiva" como equivalente a "acción afirmativa o positiva", en tanto se admita el concepto de discriminación como tratamiento con resultado perjudicial, los términos "discriminación" y "positiva" se hacen contradictorios: si se trata de una acción con finalidad positiva, se elimina la posibilidad de que sea discriminatoria"*³²¹.

De cualquier forma y a pesar de este matiz lo cierto es que ambas expresiones están ampliamente extendidas y se utilizan como equivalentes, no sólo en el lenguaje español.

En cuanto al reconocimiento legal de este tipo de medidas debemos señalar que éste se ha producido tanto en el ámbito internacional como en el comunitario³²². En el primero se ha hecho en al menos dos documentos de gran relevancia. Por una parte, en la Declaración sobre la igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras de 1975. Se trata de un documento de la Conferencia Internacional del Trabajo en el que se señala que *"no se considerará como discriminatorio un trato especial positivo durante un período de transición a fin de lograr una igualdad efectiva entre los sexos"* (artículo 1.2).

Y por otra parte, en la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer firmada en el año 1979, y en la cual se destaca el carácter temporal que debe tener este tipo de medidas³²³, además de la finalidad que las justifica, es decir, la realización efectiva del principio de Igualdad de trato más allá de los textos legales.

Por su parte las instituciones comunitarias han incluido el reconocimiento de estas medidas en la Directiva aprobada en el año 1976, relativa a la garantía del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las condiciones de trabajo³²⁴. Concretamente en su artículo 2.4 se establece una prohibición de discriminación en términos generales, sin perjuicio de que se puedan prever medidas de acción positiva.

³²¹ Esta autora recuerda palabras de Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer M. y Fernández López M.F. concretamente, de su obra "Igualdad y discriminación". PÉREZ DEL RÍO, T. "Principio de no discriminación y acción positiva: Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la mujer 1988-1990". *Documentación Laboral*, nº 25, 1988.II, págs. 55 y ss.

³²² Un estudio en profundidad de esta materia puede encontrarse en DEMA MORENO, S. *A la igualdad por la desigualdad: la acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*. Colección Alternativas, Universidad de Oviedo, Ediciones KRK, Oviedo, 2000, págs. 1- 207.

³²³ Expresamente se señala que *"(estas medidas) de ningún modo entrañarán [...] el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato"*.

³²⁴ En cuanto al origen histórico de este tipo de medidas, según algún autor, se encuentra en el sistema jurídico norteamericano como forma de protección ante las discriminaciones racionales principalmente y las de sexo, de ahí pasaría al ámbito europeo. SIERRA HERNANZ, E. *Acción positiva y empleo de la mujer*. CES, Madrid, 1999, pág. 33. En este

Posteriormente, en este ámbito comunitario y a medida que se avanzaba en el reconocimiento de medidas de Política Social y de protección del principio de igualdad de trato por razón de sexo, el reconocimiento expreso de este tipo de medidas se producía en diferentes documentos comunitarios como la Recomendación del Consejo de 13 de diciembre de 1984³²⁵, relativa a la promoción de acciones positivas a favor de la mujer; el Protocolo y Acuerdo de Política Social anexo al Tratado de la Unión y según la redacción dada en Maastricht (1992); o el Libro Blanco sobre Política Social de 27 de julio de 1994.³²⁶

A partir de este momento y gracias a la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo, la técnica de la acción positiva ha sido desarrollada ampliamente hasta llegar a su constitucionalización con la reforma del Tratado operada en Amsterdam en 1997. En esta reforma se incorporó al texto del Tratado parte del contenido del Protocolo de Política Social³²⁷ que figuraba adjunto al Acuerdo anejo al Tratado de Maastricht³²⁸.

libro, y desde el punto de vista de la eficacia de este tipo de medidas, se señala que en caso de incumplimiento de las concretas medidas de acción positiva que se fijen, "se establece una serie de sanciones: el contrato (de la empresa privada con la pública) se cancelará, suspenderá o extinguirá total o parcialmente, pudiendo prohibir al contratista que vuelva a ser seleccionado para la realización de una obra pública [...], [incluso] los empresarios que quieran contratar con el Gobierno federal deberán adoptar planes de acción positiva aún cuando no hayan incurrido con anterioridad en conductas discriminatorias específicas". En la actualidad, en Norteamérica existen dos vías principalmente para la aplicación de esta técnica antidiscriminatoria, los llamados planes judiciales que regulan e imponen este tipo de medidas, y los acuerdos voluntarios entre empresarios y trabajadores o sindicatos para la resolución de sus conflictos y que posteriormente reciben el refrendo judicial. págs. 43-46. En el ámbito propiamente laboral, esta autora destaca la Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano del año 1987 (Caso Johnson). Se trata de un supuesto en el cual ante una promoción profesional resulta elegido el segundo candidato (mujer) frente al primero (hombre), por la situación de infrarepresentación en el sector del transporte por carretera de las mujeres, el Tribunal consideró conforme a derecho el plan de acción positiva. En esta sentencia se produce una contradicción en la argumentación del Tribunal ya que señala que el sexo no constituyó el único factor que se tuvo en cuenta a la hora de conceder el puesto de trabajo, ya que también atendió a la cualificación de la mujer para desempeñar ese puesto de trabajo (transportista de carretera). Si esto es así sólo a igualdad de cualificación debería haber prevalecido la candidata femenina, y en la práctica a lo que se atendió fue a la situación de infrarepresentación. *op. cit.*, págs. 66-67. Sobre este punto además puede consultarse REY MARTÍNEZ, F. "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la afirmative action basada en el género" en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. nº 1 de 2003, págs. 1719-1734 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005.

³²⁵ DOCE L nº 331 de 19 de diciembre de 1984.

³²⁶ Junto a este reconocimiento en el seno del Derecho comunitario originario, pueden destacarse también en el ámbito comunitario otras disposiciones propias del derecho derivado, como la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la "Estrategia marco sobre la igualdad entre hombres y mujeres. Programa de trabajo para 2002". COM (2001) 773 final. Bruselas 17 de diciembre de 2001. Este último señala como ejes en los cuales seguir trabajando la llamada "transversalidad" que debe estar presente en todas las políticas comunitarias -como ya hemos puesto de manifiesto-, ajustando estas políticas a las necesidades de hombres y mujeres, y la "puesta a punto de acciones concretas destinadas a mejorar la situación del sexo desfavorecido o infrarrepresentado en el ámbito político en cuestión" página 4. Punto III de la Comunicación.

³²⁷ Sobre esta incorporación y sus consecuencias se ha señalado que "[...] la exigencia de similares requisitos (mayoría cualificada o unanimidad) que en el Acuerdo de Política Social del Tratado de Maastricht tiene algo de regresivo que no puede dejarse de pasar por alto. La mayoría cualificada entonces se planteaba para un acuerdo a once. Ahora, en el Tratado constitutivo, se exige para los quince miembros que actualmente forman parte de la Comunidad Europea y, en cuanto haya nuevas incorporaciones, se exigirá en relación con más Estados. Es decir, cada vez más, la exigencia de unanimidad tenderá a petrificar el Derecho Social Comunitario hasta convertirlo en una normativa inmutable en la práctica. CABEZA PEREIRO, J. Comentando a RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "La cuestión social en el Derecho originario de la Unión Europea". *op. cit.*, pág. 50.

³²⁸ Como señala ROSSILLI, M. "La intensificación de la competencia entre hombres y mujeres en el mercado de trabajo (en 1996 la tasa de desempleo masculino en el Reino Unido, Finlandia y Suecia era mayor que la del femenino) puede haber sido una de las razones de la novedad introducida en el Tratado de Amsterdam, que legitima acciones positivas y ventajas concretas para el sexo menos representado, no sólo para las mujeres". *op. cit.*, pág. 31. Esto sirve para justificar alguna de las soluciones que se proponen en este estudio en la medida en que los varones también deben ser considerados como beneficiarios de este tipo de medidas.

Actualmente y según la versión aprobada en Amsterdam, el artículo 141.4 del Tratado establece que *“con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales”*³²⁹.

Se produce por tanto un amplio reconocimiento de estas medidas de acción positiva pero sólo para la parcela pública del individuo, aunque en principio se señala que será tanto la de hombres como la de mujeres. Esto es en la teoría ya que en la práctica y en la medida en que el sexo desfavorecido ha sido la mujer, las medidas que se han adoptado hasta la fecha sólo han tenido como destinatarias a estas mujeres. Esta es la primera crítica que se ha hecho desde el Feminismo de la Diferencia que apuesta por su aplicación también en el terreno privado y especialmente en relación con los hombres. Podríamos decir que la justificación de estas medidas se encuentra en la insuficiencia actual de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades para conseguir el resultado esperado, es decir, que las mujeres y los hombres tengan las mismas posibilidades de desarrollar su parcela personal y profesional.

Una vez que hemos analizado su reconocimiento legal y sabemos en qué consisten las medidas de acción positiva, nos interesa conocer sus diferencias con las llamadas medidas de fomento de la Igualdad de Oportunidades también utilizadas para realizar esta manifestación de la igualdad de trato, lo que va a contribuir además a su aclaración conceptual³³⁰. Igualmente nos interesaría conocer los distintos modelos de medidas de acción positiva que pueden existir; y por último nos interesa el análisis que desde el Feminismo de la diferencia puede realizarse de las mismas. A cada uno de estos aspectos dedicamos las líneas que siguen que distribuiremos en tres apartados.

a) En este apartado analizaremos las diferencias entre las medidas de acción positiva y las de fomento de la igualdad de oportunidades. Ambas forman parte de la misma política comunitaria según la distribución que hemos realizado en nuestro trabajo. Esta delimitación se va a realizar sin entrar en el examen de las concretas medidas que han aplicado los Estados y sin perjuicio de que hagamos alusión a alguna medida concreta a modo de ejemplo, ya que este examen excede de nuestro trabajo de investigación.

³²⁹ En relación con este precepto, destaca SIERRA HERNAIZ, E. dos aspectos. En primer lugar, que las medidas adoptadas tomando como base legal dicho precepto constituyen una excepción al principio de igualdad de trato, y por tanto, deberán ser objetivas, razonables y proporcionadas. Y en segundo lugar, se destaca la indeterminación e imprecisión del contenido de este precepto, ya que su lenguaje al ser neutral, y no mencionar expresamente a las mujeres, sino que se refiere al sexo infrarrepresentado, no obliga a atender al origen de dicha circunstancia, además habla de “ventajas”, lo que supone incluir todo tipo de actuaciones, incentivos económicos y/o fiscales, medidas de garantía o promoción de la maternidad, tratamientos preferenciales, etc. *Acción positiva y empleo de la mujer. op.cit.*, pág. 140-141.

³³⁰ Sobre este aspecto también puede consultarse JIMÉNEZ GLUCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999. También puede consultarse LALAGUNA, P. “Apuntes sobre las acciones positivas”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 30 de 2001, pág. 87 y ss.

Se trata más de un examen conceptual que de contenidos, ya que lo que perseguimos es responder a la pregunta de si esta forma de actuación es acorde con los postulados del Feminismo de la Diferencia, si están consiguiendo eliminar las discriminaciones entre mujeres y hombres, y en resumen si contribuyen a la realización de la igualdad entre géneros y cuál es la filosofía que las inspira³³¹.

La diferencia fundamental entre estos dos tipos de medidas se produce en el hecho de que las medidas de acción positiva suponen disfrutar de preferencias en aspectos como la contratación, promoción o despido de la mujer trabajadora, y para aplicar estas preferencias además de los méritos se tiene en cuenta el sexo de los candidatos. Esto se hace mediante una discriminación justificada porque intenta eliminar otra anteriormente producida para el colectivo protegido por el contexto social o legal en el que actúan. En definitiva, intervienen en el ámbito de la Igualdad material, más allá del texto de la Ley.

Frente a este tipo de medidas, las llamadas de fomento de la Igualdad de Oportunidades son preventivas, inciden en las causas típicas de discriminación, en este caso femenina, para intentar evitar la reproducción de sus efectos, pretenden evitar que las mujeres sean formalmente discriminadas, de ahí que persigan la realización del principio de Igualdad formal. Con este tipo de medidas se da ese primer paso del que hablamos en páginas previas, consistente en eliminar las discriminaciones formales, y una vez que esto se ha realizado, con las medidas de acción positiva se legislaría directamente a favor de un colectivo concreto, en este caso las mujeres.

Consecuencia de la diferencia anterior es que las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades se apliquen en un primer momento y sólo cuando han fracasado, entran en juego las medidas de acción positiva, cuando se demuestra que el grupo sigue en situación de desigualdad de hecho.

Además de estas diferencias pueden destacarse las siguientes³³²:

- Las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades tienen en cuenta el sexo de los destinatarios de las concretas medidas pero no para repartir un bien, sino para garantizar un reparto igualitario al margen de los resultados numéricos concretos; por ejemplo, en el caso de la maternidad se protege a la mujer por ser una potencial

³³¹ Debemos reseñar que si bien inicialmente este tipo de medidas sólo se utilizaban para que las mujeres accedieran a un puesto de trabajo en caso de concurrencia con otros candidatos varones, hoy en día es una técnica que se utiliza para otros aspectos como por ejemplo el acceso a viviendas protegidas, e incluso en relación con otros colectivos como ha sido el caso de los discapacitados.

³³² Véase SIERRA HERNALZ, E. Además de proporcionarnos los datos para elaborar este resumen, distingue entre medidas de fomento de la igualdad de oportunidades, medidas de acción positiva, discriminaciones positivas y discriminaciones inversas. Las medidas de acción positiva pretenden incrementar el grado de participación de las mujeres en determinados ámbitos donde están infrarepresentadas por sufrir una discriminación social; las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades no implican un tratamiento preferencial como las anteriores, sino un fomento del empleo femenino; las discriminaciones positivas se otorgan a las mujeres como trato discriminatorio más favorable para intentar igualarlas a los hombres; finalmente las discriminaciones inversas son medidas de acción positiva mal aplicadas o que se extralimitan en su cometido. *Acción positiva y empleo de la mujer, op. cit.*, págs. 75 y ss.

víctima de actos discriminatorios basados en ese aspecto, y al mismo tiempo se intenta fomentar la participación del hombre en relación con las responsabilidades familiares, pero no se contabilizan las mujeres que resultan discriminadas por este aspecto antes de proponer la medida.

Frente a esto, en las medidas de acción positiva el sexo no es un elemento más, sino que es el elemento clave para conceder un bien a las mujeres y negárselo a los hombres. Mientras que las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades consideran el sexo en sentido amplio y en relación con sectores concretos en los cuales la mujer suele ser discriminadas (cargas familiares, formación profesional, organización del trabajo), las medidas de acción positiva toman en cuenta datos porcentuales de las mujeres afectadas en una concreta situación, si estos porcentajes son altos se concede el beneficio directamente a la mujer que reúna unos requisitos mínimos de exigencia en cuanto a la cualificación, experiencia, etc.

- Las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades encuentran su fundamento en el intento de evitar la discriminación en el presente, pero sobre todo en el futuro, sin compensar discriminaciones pasadas, e intentan prevenir la necesidad de aplicar medidas de acción positiva. Las medidas de acción positiva son una respuesta ante actos discriminatorios sistemáticos y colectivos que ya se están produciendo y que crean dificultades en su entorno, lo que justifica que se las proteja.

Precisamente por constituir las medidas de acción positiva una discriminación, deben ser razonables y proporcionadas para no ser tachadas de inconstitucionales por atentar al principio de igualdad de trato. Por ello sólo se admite el trato diferenciado si existen razones objetivas, hay que tener en cuenta que en este caso sí se reparte un bien, que además es escaso como ocurre con el empleo. Por último, las medidas de acción positiva persiguen una igualdad numérica que no existe en las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades, las cuales a la hora de evaluar los resultados no atienden a las estadísticas como ya hemos indicado.

- De forma resumida y sin que entremos en el examen de cada una de las medidas que vamos a citar a continuación, podemos destacar que hasta la fecha las medidas de acción positiva puestas en práctica han sido en número más reducidas que las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades. Entre las medidas de acción positiva podemos destacar las aplicadas en relación con la selección e incorporación de las mujeres a las empresas. Estas medidas han consistido en la contratación de becarias, en la individualización de las entrevistas de selección en determinados sectores, en

la inclusión de mujeres en los equipos de reclutamiento de esos sectores, en la captación de mujeres en los centros de Formación Profesional y Universidades, y por supuesto en la reserva o cuotas para que los puestos sean ocupados por estas mujeres.

En relación con la promoción profesional también se han fijado unos porcentajes mínimos anuales de mujeres promocionales. Además de esto y desde la perspectiva de la conciliación de la vida familiar y laboral, se han reconocido ayudas económicas puntuales por el nacimiento de un hijo, además de otras ayudas que suplen la pérdida de ingresos que puede suponer disfrutar de algún permiso. Frente a esto, las medidas de fomento de la Igualdad de Oportunidades son más abundantes, encuadrándose generalmente en un Programa de Acción y centradas en varios aspectos laborales como:

- 1.- La formación y promoción profesionales, lo que se ha traducido en subvenciones para formación externa, formación en materia de Igualdad de Oportunidades para los miembros de los Comités de empresa, en el mentoring o asesoramiento a las mujeres en forma de tutorías para que pueden promocionar y formarse, en la sensibilización de los mandos intermedios y directivos, en la eliminación de descripciones de puestos que implique género, etc.
- 2.- La conciliación de la vida familiar y laboral que como analizaremos en la última política incluye medidas relativas a la fijación de horarios flexibles, jornadas reducidas, trabajos compartidos entre dos trabajadores, escuelas infantiles en los centros de trabajo, en la implantación del teletrabajo, en el desarrollo de servicios para personas dependientes, trabajo durante el curso y horario escolar, sensibilización del reparto de responsabilidades familiares, campamentos de verano, etc.
- 3.- La salud laboral, esto se ha conseguido con campañas de sensibilización e información en materia de salud laboral, así como con la inclusión en los reconocimientos médicos oficiales del reconocimiento ginecológico.
- 4.- La prevención del acoso sexual en el trabajo mediante la creación de un agente de igualdad que canalice los casos de acoso sexual, mediante su regulación en la negociación colectiva, etc.
- 5.- En materia de representación sindical, mediante el incremento de la representación femenina en la negociación colectiva y mediante la sensibilización a los agentes sindicales sobre estas cuestiones.
- 6.- Y en la sensibilización e información de la propia plantilla mediante reuniones con el equipo directivo, consultas al departamento de recursos humanos, mediante la celebración

de grupos de discusión y trabajo, mediante la fijación de un tablón de anuncios, buzón de sugerencias, proporcionando publicaciones al alcance de la plantilla, etc³³³.

Estas son algunas de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades que de forma habitual se incluyen en los programas de fomento de dicha igualdad y que persiguen el objetivo básico de mejorar el empleo femenino.

Para comprobar el carácter complementario de ambos tipos de medidas podemos señalar que junto a este objetivo genérico de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades, las medidas de acción positiva persiguen además³³⁴:

- 1.- Identificar y eliminar las discriminaciones reales que se estén produciendo en el colectivo de mujeres trabajadoras.
- 2.- Contrarrestar los efectos derivados de los estereotipos sociales sobre la división de las funciones de los hombres y las mujeres en la sociedad, buscando un reparto equitativo de las responsabilidades familiares, laborales y sociales.
- 3.- Adaptar las condiciones laborales (turnos y horarios) a las necesidades de las mujeres con mayor peso en las responsabilidades familiares.
- 4.- Ampliar las opciones laborales de las mujeres, informando de nuevos sectores de trabajo y fomentando la formación de mujeres en aquellos campos donde estén menos representadas.
- 5.- Fomentar la participación activa de las mujeres en todos aquellos organismos con peso en la toma de decisiones sobre empleo en las empresas.
- 6.- Velar por el conocimiento público de la población trabajadora sobre las disposiciones establecidas.
- 7.- Sensibilizar a los interlocutores sociales en materia de igualdad de oportunidades para que promuevan las Acciones Positivas dentro de sus organizaciones³³⁵.
- 8.- Imponer a las empresas privadas, que obtengan contratos de entidades públicas, requisitos sobre la adopción de programas a favor de su personal femenino.

³³³ Sobre este aspecto puede consultarse CALATAYUD BECERRA, I. *Construyendo empresas desde la igualdad de oportunidades: una propuesta de diversificación*. Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla, 2005, págs. 1-150.

³³⁴ *Guía de buenas prácticas para la implantación de acciones positivas en las empresas. Programa Óptima. op. cit.*, págs. 22 y 23. Esta información puede ampliarse además en SASTRE IBARRECHE, R. "La acción positiva para las mujeres en el derecho comunitario". En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 6 2004, págs. 5 y ss.

³³⁵ Sobre el importante papel que los interlocutores sociales están llamados a desempeñar, se pueden consultar algunas obras de carácter divulgativo como la *Guía Práctica para diagnosticar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas*. Instituto de la Mujer, Madrid, 1995. AA.VV *Hacia una igualdad de oportunidades*. Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de Extremadura, 1998.

- 9.- Aplicar en la Administración Pública programas de fomento de igualdad de oportunidades que sirvan de ejemplo para otros sectores.
- 10.- Facilitar a los Organismos de Igualdad las competencias y asignaciones presupuestarias que les permitan contribuir eficazmente a la promoción, la vigilancia y la evaluación de la acción positiva.
- 11.- Y velar porque los hombres y las mujeres compartan responsabilidades laborales, familiares y sociales.

Para la consecución de estos objetivos, cualquier Programa de Acción que fomente las medidas de acción positiva debe estar estructurado en una serie de fases o etapas, eminentemente prácticas, y que pueden resumirse de la siguiente forma:

La primera sería la fase de compromiso, en la cual las partes implicadas en dicho proyecto, tanto por el lado empresarial como social, designan a las concretas personas que se van a ocupar de la elaboración y de la puesta en práctica de dicho programa, lo que se llevará a cabo con la participación activa del colectivo al cual va dirigido. Esto conlleva además una buena política de difusión y sensibilización respecto de la materia y en relación con todos los sujetos implicados.

La segunda fase, ya de análisis de las concretas discriminaciones que se producen en el seno de esa empresa o sector, obliga al estudio de aquellos aspectos respecto de los cuales la discriminación es evidente o posible. Tales aspectos son la tipología de contratos a los que acceden los sujetos discriminados o el propio procedimiento de selección de personal, los problemas para la promoción o ascenso, la formación, la movilidad funcional, la segregación profesional, los salarios, horarios etc. Para llevar a cabo este análisis tendremos que acudir necesariamente a las estadísticas existentes sobre la materia.

Una vez detectado el “foco de discriminación” procede, ya en la tercera fase, la fijación de metas y plazos de ejecución de las medidas de acción positiva, para lo cual deberá ser tenida en cuenta la posible concurrencia de factores ajenos a la empresa que dificulten su puesta en práctica, es decir, la situación económica de la empresa e incluso nacional, en el supuesto de que el programa vaya dirigido a las mujeres la conciencia de los trabajadores varones sobre esta materia, etc.

El programa debe concluir con una etapa de evaluación y constatación de resultados que permita la obtención de conclusiones bien para su continuación, bien para su modificación y mejora, o incluso su conclusión definitiva³³⁶.

³³⁶ Esta materia se encuentra desarrollada de forma más amplia en SIERRA HERNAIZ, E. *Acción positiva y empleo de la mujer .op. cit.*, págs. 109- 114.

b) En cuanto a los modelos o tipos de medidas de acción positiva puestos en práctica, podemos destacar básicamente tres³³⁷:

- Aquel modelo en el cual las medidas de acción positiva son obligatorias exclusivamente para el sector público, de manera que sirven de ejemplo a las empresas privadas.
- Aquel modelo en el cual las medidas de acción positiva están dirigidas a las empresas privadas, principalmente, para las cuales es una opción aunque incentivada (voluntaria e incentivada), especialmente en la negociación colectiva.
- Y aquel modelo en el cual las medidas de acción positiva tienen un carácter mixto, obligatorio para el sector público, voluntario incentivado para el sector privado³³⁸.

La idoneidad de cada uno de estos modelos dependerá del caso concreto, es decir, del supuesto específico en el cual se encuentre el grupo desfavorecido, de ahí la necesidad de analizar el tipo específico de empresa donde se produce la situación de discriminación, el sector, el colectivo afectado, etc³³⁹.

³³⁷ Esta distinción es realizada por PÉREZ DEL RÍO, T. "Principio de no discriminación y acción positiva: Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la mujer 1988-1990". *op.cit.*, págs. 55 y ss.

³³⁸ Señala PÉREZ DEL RÍO, T. en relación con algunos de los países comunitarios que "en Francia, el modelo es de voluntariedad incentivada para el sector privado de tal manera que el Gobierno sufraga una parte significativa de los gastos que se prevea producirá la aplicación de un programa de acción positiva, mediante la firma de un convenio especial con cada empresa privada que pretenda su adopción. [...] En general, el contenido de la legislación antidiscriminatoria de los diferentes países europeos es sustancialmente comparable, pero los procedimientos para hacer realidad los objetivos propuestos difieren de forma importante y demuestran una distinta efectividad. El objetivo primordial de países como Francia y Suecia es la diversificación de los puestos de trabajo para lo cual incluso se han adoptado normas específicas de vinculación obligatoria de adaptación de todo tipo de maquinaria e instrumentos de trabajo, en definitiva, medidas de gran incisividad y fuerza obligatoria. El Reino Unido, los Países Bajos, Dinamarca, Irlanda y la RFA, que comparten dicho objetivo teórico, han tomado en consideración esencialmente el elemento psicossociológico, procurando mejorar la imagen social y profesional de la mujer y su participación en puestos de gestión de los "media" con el objetivo de influir de manera positiva en los empleadores del sector privado por lo que respecta a su concepción de la mujer como candidato apto e idóneo para ocupar cargos de responsabilidad y dirección; en general, a sensibilizar a este sector sobre la necesidad de adecuar los comportamientos y estructuras sociales a las transformaciones del rol de la mujer en la sociedad". "Principio de no discriminación y acción positiva: Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la mujer 1988-1990". *op. cit.*, pág. 91 y 92. SIERRA HERNALIZ, E. destaca que "en el sistema jurídico norteamericano las medidas de acción positiva son voluntarias para las Administraciones públicas y el sector privado que, de motu proprio, deseen emprender planes de este tipo. Por otra parte, habrá que calificarlas como obligatorias para aquellas empresas que deseen obtener un contrato del Gobierno Federal y, por último, adquirirán la condición de coercitivas, tanto para el sector público como privado, si se impone como sanción por un Tribunal ante la comisión de una conducta discriminatoria". *Acción positiva y empleo de la mujer. op. cit.*, pág. 42. Esta misma autora destaca otros modelos, no basados en la voluntariedad u obligatoriedad de los mismos, sino en la perspectiva temporal que adoptan, y así distingue acción positiva back-looking (de pasado) y acción positiva forward-looking (de futuro), basadas en las diferencias existentes entre hombres y mujeres, y se parte de la idea de que la igualdad no significa identidad, sino que es preciso atender al individuo. Este segundo tipo se encuentra íntimamente relacionado con el Feminismo de la Diferencia defendido en este trabajo. *Acción positiva y empleo de la mujer. op. cit.*, pág. 90-93.

³³⁹ Teniendo en cuenta todo esto "un Plan de Acción Positiva se caracteriza por ser: a) voluntario: la implantación de medidas de acción positiva es el resultado de una decisión voluntaria de la empresa por fomentar la igualdad de oportunidades entre sus políticas y objetivos; b) colectivo: su puesta en marcha lleva consigo una mejora progresiva de la situación de todo el colectivo de trabajadoras de la empresa y, a largo plazo, de toda la plantilla; c) dinámico: constituye un plan de trabajo progresivo y sometido a un cambio constante, ya que, su implantación, supone un cambio en la organización empresarial y en el sistema de trabajo; d) sistemático: el objetivo final del Programa se consigue a través del cumplimiento de objetivos puntuales que produzcan resultados concretos y cuantificables; e) flexible: cada organización implicada confecciona su Plan de Acción Positiva a medida, en función de su tamaño, sus necesidades y sus posibilidades; f) temporal: su duración se establece en función del logro del equilibrio entre las condiciones laborales de

En cualquier caso, resulta fácil llegar a la conclusión de que en aquellos sistemas donde se aplique el llamado sistema mixto existirá un menor margen de discriminaciones, entendiendo que este carácter mixto debe referirse tanto al tipo de medida, como al hecho de que en el sector o empresa concreto existan porcentajes aproximados de trabajadores de ambos sexos, y no mayoría de uno de ellos, evitando así los empleos o sectores feminizados o masculinizados.

c) En este tercer apartado nos interesa realizar una valoración de la técnica de las medidas de acción positiva desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia. Este análisis se debe centrar en varios aspectos. El primero se refiere al reconocimiento internacional de este tipo de medidas. En este sentido se debe destacar como este tipo de mejoras se reconocen a través de instrumentos legales que garantizan los Derechos Humanos Fundamentales. Por tanto, y de acuerdo con lo que ya expusimos en el capítulo cuarto sobre la necesidad de respeto a la soberanía de los Estados, debemos concluir que este tipo de instrumentos para su reconocimiento constituyen un límite de gran importancia para la efectividad de estos instrumentos legales, ya que serán los Estados los que deban concretar esas medidas de acción positiva y dotarlas en definitiva de un presupuesto, que bien repercutirán en el propio empresario o bien asumirá el Estado³⁴⁰.

En segundo lugar, debemos destacar el respeto a una de las premisas que preside este tipo de medidas y es la necesaria temporalidad de las mismas para que sean eficaces. Así lo han puesto de manifiesto tanto los documentos internacionales como los comunitarios que las reconocen. Es decir, estas medidas deben aplicarse mientras persistan las condiciones que obstaculizan la igualdad del grupo desfavorecido, de manera que una vez desaparecida tal limitación estas medidas de acción positiva deben suprimirse. De no ser así, se produciría la circunstancia de convertir lo que se configuró como un privilegio en un instrumento de discriminación que en lugar de desarrollar, por el contrario, alteraría el principio de igualdad de oportunidades e incluso de igualdad de trato³⁴¹.

mujeres y hombres. El Plan termina cuando se ha conseguido la igualdad real entre mujeres y hombres; g) preventivo: su desarrollo debe asegurar la eliminación de posibles desigualdades futuras, ya que supone cambios en las políticas empresariales; h) meritorio: persigue conseguir la igualdad de condiciones en la adquisición de méritos, y en el acceso a la formación y a la promoción de forma objetiva y equitativa. A su vez, las fases en las cuales se divide el desarrollo de un Plan de Acción Positiva son: 1.- Obtención del compromiso de participación por parte de la empresa; 2.- Sensibilización en materia de Igualdad de Oportunidades; 3.- Diagnóstico de la situación actual de la empresa; 4.- Programación de las Acciones Positivas a realizar; 5.- Implantación de las Acciones Positivas programadas; 6.- Evaluación y difusión de los resultados obtenidos. Para más información consultar Guía de buenas prácticas para la implantación de acciones positivas en las empresas. Programa Óptima. op.cit., págs. 24 y ss.

³⁴⁰ Debemos recordar la importancia que el principio de subsidiariedad tiene en el seno del Derecho Comunitario, según este principio la intervención comunitaria queda supeditada a que los Estados miembros no puedan conseguir por sus propios medios, la consecución de los objetivos que se fijen a nivel europeo, de manera que si éstos consiguen dicho objetivo/os la intervención comunitaria se excluye.

³⁴¹ SIERRA HERNAIZ, E. justifica esta característica porque en caso contrario se impondrían sacrificios innecesarios a las personas que ven sus legítimos intereses perjudicados, y además se convertirían en privilegios. Aunque la cuestión es cómo determinar el plazo para la aplicación de la concreta medida de acción positiva, habrá que ir analizando la concreta situación, los posibles avances que se produzca, si son medidas voluntarias habrá que tener en cuenta aspectos tales como el número de personas favorecidos, la naturaleza del beneficio; si es impuesta, por ejemplo, por un órgano

Este requisito de la temporalidad es defendido hasta sus últimas consecuencias por los movimientos feministas que defienden la diferencia en el tratamiento de mujeres y hombres, principalmente porque de no ser así además de incumplir las previsiones legales estaríamos creando nuevas situaciones de discriminación. Desde el Feminismo de la Diferencia y a modo de ejemplo, se destaca que el sistema de cuotas en el acceso al empleo si bien es ventajoso para fomentar la parcela pública de las mujeres no puede convertirse en un privilegio que convierta a la mujer en titular del puesto de trabajo por el simple hecho de ser mujer. Esto rompería el equilibrio que debe existir entre las cuatro parcelas que venimos defendiendo, ya que los hombres verían a las mujeres como unas privilegiadas en la parcela pública y ellos, sin embargo, no gozarían de ninguna ventaja en ninguna de las parcelas.

La solución puede ser doble, o bien se eliminan las ventajas o privilegios transcurrido un tiempo y aunque no se haya conseguido al cien por cien el resultado perseguido, o bien se van conjugando medidas de acción positiva para hombres y mujeres, cada uno donde realmente lo necesite. Esto supondría en definitiva, reconocer ese tipo de ventajas en la parcela pública a las mujeres y en la parcela privada a los hombres. En ambos casos se puede constatar que por tradición los puntos de partida son distintos y los medios existentes legalmente son insuficientes para conseguir una igualdad de posibilidades en ambas esferas.

En tercer lugar, y desde el punto de vista del objetivo genérico que se persigue con este tipo de medidas, debemos destacar que si lo que se busca es eliminar los obstáculos para que el colectivo desfavorecido, en este caso las mujeres, pueda acceder y permanecer en los mercados de trabajo, lo que se ha conseguido con muchas de estas medidas es atribuir directamente a la mujer el puesto de trabajo en los supuestos en los cuales, en los procedimientos de selección de personal, dos candidatos de distinto sexo resultaban tener los mismos méritos.

Si se analiza el auténtico objetivo de este mecanismo, según su reconocimiento legal, no es precisamente este último el objetivo perseguido, porque no se han eliminado obstáculos sino que se ha creado un sistema de selección de personal que en muchas ocasiones se ha vuelto contra las propias interesadas. Esto se entenderá mucho mejor si recordamos algunos de los más destacados pronunciamientos judiciales en esta materia adoptados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A modo de ejemplo, pueden destacarse la

judicial será éste el que deba determinar su duración, etc. Además de esta característica, esta autora destaca otras dos: la flexibilidad para que pueda ser eficaz, de manera que se vaya adaptando a cualquier "entorno discriminatorio y de una respuesta satisfactoria"; y por otro lado, destaca que este tipo de remedios ante las discriminaciones de la mujer o de cualquier colectivo respecto del cual se aplique, puede llegar a ser imperfecto, incompleto e indirecto. Lo primero porque no sólo tiene en cuenta el sexo de la persona sino también su cualificación, de ahí que sólo beneficie a aquellos que posean esa cualificación requerida para el puesto en cuestión; incompleto porque no elimina el origen del problema, los patrones que causan esa discriminación y además se limita a algunos sectores concretos: formación profesional, organización del trabajo, etc.; e indirectos porque no hace responsables a los verdaderos culpables de la situación de discriminación. *Acción positiva y empleo de la mujer. op. cit.*, pág. 101-105 También puede consultarse TERRÓN SANTOS, D. "La igualdad de derechos de la mujer: límites a la discriminación positiva de las mujeres en el derecho (nacional y comunitario)", en MARTÍNEZ GALLEGU, E. y REGUERO CELADA, J. (Coordinadores). *Mujer y Empleo: Una estrategia para la igualdad*. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 15 -32.

Sentencia de 17 de octubre de 1995 (asunto C-450/93, Kalanke) y de 11 de noviembre de 1997 (asunto 409/95, Marshall)³⁴².

En la primera de estas sentencias se consideran dichas medidas de acción positiva contrarias al artículo 2.4 de la Directiva del año 1976, por constituir una preferencia absoluta de la mujer frente al hombre. En cambio en el segundo de los pronunciamientos se introduce la llamada "cláusula de apertura", de gran importancia en esta materia y según la cual las mujeres no gozarían de esa preferencia en la contratación o promoción profesionales si en la persona de un candidato masculino "*concurren aspectos que permitan considerar que existe una diferencia objetiva que justifique un resultado diferente*"; es decir, se analizará caso por caso y no se aplicará de forma incondicional la medida de acción positiva³⁴³.

³⁴² En relación con estos dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia Europea, SIERRA HERNAIZ, E. señala que "*ante las repercusiones prácticas que pudiera tener la Sentencia Kalanke del TJUE- que declara contrarias al art. 2.4 de la Directiva 76/207, las preferencias absolutas e incondicionales a raíz de un caso de acción positiva- la Comisión presentó al Consejo una Propuesta de Directiva por la que se modifica la Directiva 76/207 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 promocionales, y a las condiciones de trabajo (COM (96) 93 final). En ella se defienden las medidas de acción positiva, frente a la doctrina de la Sentencia Kalanke, como medidas preferenciales que favorecen al sexo infrarrepresentado en el empleo, siempre que se permita tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y, de esta manera, no se establezca una preferencia absoluta e incondicional. Por ello, propone una nueva redacción del art. 2.4 de la Directiva en los siguientes términos: La presente Directiva no obstará a las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades del sexo infrarrepresentado en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1. Entre las posibles medidas se incluirá la concesión de una preferencia, en lo que se refiere al acceso al empleo o a la promoción, a un miembro del sexo infrarrepresentado, siempre que tales medidas no impidan la evaluación de las circunstancias particulares en un caso determinado. En esta propuesta se ha basado el TJUE, en la Sentencia Marshall". Acción positiva y empleo de la mujer. op. cit., pág. 141-151. Asimismo, sobre estas sentencias puede consultarse REY MARTÍNEZ, F. "La discriminación positiva de mujeres (Comentario a la STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995, Asunto Kalanke" en *Revista española de Derecho Constitucional*, nº 47 de 1996, págs. 309 y ss. RIVERO ORTEGA, R. "Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia Kalanke del TJCE". *Revista española de Derecho Administrativo*, nº 90, 1996, págs. 321-333. Asimismo, RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1995, págs. 81 y ss. BALLESTER PASTOR, M.A. "Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Sentencia Marschall)", *Relaciones Laborales*, nº 18, 1998, págs. 49-75. LÓPEZ ANADÓN, P. "La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, casa Marschall contra NordRhein-Westfalen)". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 323, 25 de diciembre 1997, págs. 1-3. DE MIGUEL DE LA CALLE, P. "Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y en la formación profesional". *Revista del Ministerio de Trabajo y de Asuntos Sociales*. nº 42 de 2003. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I. et al. "La aplicación de las Medidas de Acción Positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia". *Revista de Justicia Social*, nº 15 de 2003, pág. 1 y ss.*

³⁴³ En concreto, en el caso KALANKE, el supuesto de hecho hace referencia a la concurrencia de dos candidatos, hombre y mujer, con igual capacitación para ocupar un puesto de jefe de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, resultando finalmente elegido el candidato de sexo femenino. En el caso MARSCHALL, la interesada es despedida al cumplir la edad establecida para acceder a la pensión de jubilación fijada de forma diferente para hombres y mujeres. En ambos casos, se enjuician supuestos en parte similares en la medida en que el resultado es la primacía de la mujer para ser contratada. Sin embargo, existen algunos elementos que diferencian ambos supuestos y ambas decisiones judiciales. En la Sentencia Kalanke se considera contraria a derecho la prioridad de la mujer porque ésta se articula en términos absolutos, mientras que en la Sentencia Marschall existe lo que el Tribunal denomina una cláusula de apertura. El artículo 2.4 de la Directiva 76/207 persigue una igualdad de oportunidades y no de resultados, se intenta promocionar esa igualdad de oportunidades y no un resultado numérico igual. Y esto se consigue con la llamada cláusula de apertura conforme a la cual las mujeres no gozan de la preferencia en la promoción o contratación si concurren en la persona de un candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor, de ahí que esto no sea una preferencia absoluta e incondicional, porque ésta última se encuentra prohibida por el artículo 2.1 de la Directiva 76/207 entre otros preceptos. Según SIERRA HERNAIZ, E. "[...] lo que debería haber hecho el Tribunal en las Sentencias Kalanke y Marschall era comprobar si se cumplían o no los límites indicados para justificar o rechazar la medida de acción positiva. En los dos casos analizados por el Tribunal únicamente se respeta el principio de mérito pero no constan las circunstancias mínimas de infrarrepresentación y temporalidad. Por ello, hubiera sido deseable que el Tribunal

Esta última matización que se incorpora con la llamada “cláusula de apertura” constituye sin duda uno de los mayores avances producidos en relación con la materia que analizamos, ya que aporta una mayor dosis de objetividad más conforme con los reconocimientos legales que de la misma existen, y por supuesto, más acorde con el propio principio de igualdad de trato³⁴³.

Conforme a lo analizado hasta ahora podemos decir que la correcta aplicación de una medida de acción positiva requiere:

- Comprobar la situación de infrarrepresentación de la mujer o del colectivo desfavorecido de que se trate mediante el oportuno estudio estadístico.
- Comprobar la existencia de comportamientos sociales (discriminación social) que impidan la realización del principio de igualdad de oportunidades.
- Además estas medidas deben aplicarse de forma temporal y proporcionada; y deben ser medidas necesarias en el sentido de que no existan otras vías para conseguir el objetivo de la igualdad de oportunidades.
- Y finalmente debe existir una cláusula de apertura que evite el automatismo de las medidas de acción positiva, ya que esto último atentaría contra el principio de igualdad de trato y no se conseguiría un derecho desigual igualitario, objetivo último de esta técnica³⁴⁴.

Por último, también desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia pueden destacarse otros argumentos a favor y en contra de las medidas de acción positiva. A favor de su mantenimiento, se podría decir que son

reparase en estos defectos declarando la ilegalidad de la medida por no respetar los derechos de los trabajadores masculinos, en vez de legitimar condiciones para la implantación de medidas de acción positiva- a saber la cláusula de apertura-, que nada tienen que ver con lo que realmente significa esta figura, a la sazón, criterio jurisprudencial de dudosa utilidad para superar la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo”. Acción positiva y empleo de la mujer. op.cit., pág. 161-162. En esta misma obra puede consultarse el estudio particular sobre “La sentencia Marschall: ¿Un avance de la acción positiva en el derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 1997, asunto C-409/95”, op.cit., págs. 443-454.

³⁴⁴ Otro de los pronunciamientos de gran importancia en la materia es el caso SCHNEIDER. STJCE de 5 de febrero de 2004. Asunto C-380/01. Gustav Schneider y Bundesminister für Justiz.

³⁴⁵ En este sentido se pronuncia MORENO DE TORO, C. Cuando señala que “[...] la adopción de medidas positivas a favor de la mujer es especialmente problemática al ser de difícil justificación en cuanto implican una discriminación en perjuicio del otro sexo, una derogación al principio de igualdad de trato”. “La igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva en el Tratado de la Unión Europea y en la doctrina del Tribunal de Justicia”. *Tribuna Social*, nº 103 de julio de 1999, pág. 27. Sobre la justificación de este tipo de medidas, SIERRA HERNANIZ, E. destaca una doble teoría, la llamada “justicia compensatoria” y la llamada “justicia distributiva”. La primera parte de la base de que existe un enriquecimiento injusto por parte de un sujeto/os y una/as víctimas que deben ser compensadas por ello, siendo indiferente que la acción que dio origen al beneficio injusto sea voluntaria o involuntaria, esta teoría exige la identificación de unas víctimas concretas y de unos culpables concretos, cuestión difícil en el caso de las acciones positivas, de ahí que tenga más sentido la segunda de las teorías, la cual persigue el respeto del principio de igualdad de oportunidades sustancial, considerando la acción positiva como un remedio para eliminar las desigualdades existentes en la distribución de determinados bienes provocadas por la existencia de conductas discriminatorias en la sociedad. *Acción positiva y empleo de la mujer. op.cit.*, pág. 94-100. Asimismo, puede consultarse BARRÈRE UNZUETA, M.A. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Civitas, Madrid, 1997, págs. 1-124. Y JIMÉNEZ CLUCK, D. *op. cit.*, págs. 1- 223.

una herramienta para hacer desaparecer las injusticias pasadas y permitir una mayor y mejor integración social, económica, etc., del grupo desfavorecido, y ello porque la Igualdad formal por sí sola resulta insuficiente en la sociedad actual, de ahí la necesidad de poner en práctica medidas para hacer posible la Igualdad material³⁴⁶.

Frente a ello, y de acuerdo con los postulados del Feminismo de la Diferencia no podemos dejar de destacar que en la práctica, dada la incorrecta aplicación que de las mismas se ha hecho en ocasiones, se ha producido un refuerzo del sistema patriarcal y masculino que reacciona frente a la sanción que supone para los hombres este tipo de medidas. Además de que ha supuesto poner en duda la capacidad del grupo desfavorecido de conseguir el objetivo en cuestión atendiendo a los criterios de mérito y capacidad, ya que es precisamente en las empresas donde dichos criterios pueden tener una más clara aplicación donde se han aplicado originariamente este tipo de medidas, nos referimos a la Administración Pública y al sistema de cuotas³⁴⁷.

Esto lleva a la conclusión de que hasta la fecha, estas medidas se están aplicando en ocasiones de forma incorrecta, porque se utiliza la exclusión de los hombres para conseguir la inclusión de las mujeres y aunque de acuerdo con lo dicho anteriormente esto parezca necesario y evidente para su puesta en práctica, no es así en términos absolutos. No podemos olvidar el celoso cuidado que este tipo de medidas requiere para no ser contrarias al principio de igualdad de trato y poder ser tachadas por tanto de inconstitucionales.

Además de lo anterior debemos señalar que la configuración actual de estas medidas genera desequilibrios en el seno del propio grupo desfavorecido, es decir, si la medida se traduce en una reserva a las mujeres que concurren para ocupar puestos de trabajo de un determinado nivel, las mujeres que no poseen la capacidad para competir con las propias mujeres forman otro grupo desfavorecido, porque sólo aquellas que pudieron optar a una mejor formación podrán beneficiarse de la medida³⁴⁸.

Con esto lo que se quiere poner de manifiesto es que se debe dejar que el principio de mérito y capacidad produzca su efecto natural sin acotar o

³⁴⁶ Como señala SIERRA HERNAIZ, E. "el fundamento de la acción positiva como tratamiento preferencial no es el desprecio contra los hombres ni su consideración como inferiores ni tampoco su estigmatización como grupo. Antes, al contrario, lo que se pretende es acabar con los efectos perdurables de conductas discriminatorias sistemáticas y generalizadas y lograr, de esta manera, una igualdad de oportunidades real y efectiva para las mujeres. La acción positiva da lugar a tratamientos desiguales pero no a tratamientos discriminatorios [...]". No existe un fundamento opresivo para los hombres. *Acción positiva y empleo de la mujer. op. cit.*, pág. 106.

³⁴⁷ "Los programas de igualdad de oportunidades y de acción positiva en el puesto de trabajo se han restringido a pequeños sectores de trabajadoras con un fuerte poder de presión, especialmente en el sector público protegido. No sólo los incentivos públicos han sido escasos, sino que las compañías privadas se han negado a poner en marcha programas que no estuvieran de acuerdo con sus estrategias de administración eficiente de recursos humanos". ROSSILLI, M. *op. cit.*, pág. 21.

³⁴⁸ Como señala OSTNER, I. "[las medidas de acción positiva], se dirigen implícitamente a las mujeres altamente cualificadas en el rango de ingresos más alto del mercado de trabajo, ya que son las más beneficiadas [...]". "De igualdad de salario a igualdad de empleo" en el libro ROSSILLI, M. (coordinación) *Políticas de Género en la Unión Europea .op. cit.*, pág.47 y ss.

fragmentar grupos, porque en caso contrario medidas como las llamadas “cuotas rígidas” que suponen atribuir en cualquier caso el puesto de trabajo a los sujetos desfavorecidos, aplicadas además de forma indefinida, podrían provocar el efecto de que determinados puestos fueran ocupados por personas que no estuvieran suficientemente capacitadas o que hubiera otras que lo estuvieran más y, en definitiva, esto se traduce en un detrimento del servicio en cuestión.

Por otra parte, estas medidas acentúan más las diferencias y la hostilidad entre hombres y mujeres, además de que en muchos casos son ellos los que resultan ser el colectivo desfavorecido y esta circunstancia no se atiende. En definitiva, la estrategia de la acción positiva dirigida sólo a las mujeres resulta ser contradictoria con los postulados del Feminismo de la Diferencia y de la individualidad defendida en este análisis, de ahí que se abogue por una aplicación de este tipo de medidas pero mediante una aplicación reformada, incluyendo medidas tanto para hombres como para mujeres. Esta forma de intervención contribuiría a compatibilizar la vida familiar y laboral de mujeres y hombres atendiendo a las necesidades de cada uno.

Como conclusión del estudio de esta Política de Igualdad de Oportunidades, y sin perjuicio de las conclusiones que se realizarán en el último capítulo de este trabajo, podemos adelantar que aunque es cierto que las medidas comunitarias para el fomento de la igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva han contribuido a disminuir las discriminaciones que las mujeres sufrían en el mundo público, a pesar de ello, la desigualdad entre géneros no ha desaparecido³⁴⁹.

Como ha dicho algún autor el acceso de las mujeres al mundo público no ha cambiado su posición en el mundo privado³⁵⁰, y la familia es también un entorno donde se crean desigualdades que aun hoy no han sido superadas. La forma de atajar este problema no es fácil, los principales logros que respecto a las mujeres se han producido han sido en muchas ocasiones gracias a los movimientos feministas que han defendido la autonomía de la mujer frente al hombre, de lo femenino frente a lo masculino, y en esta ocasión, en la medida en que lo que se pretende es que los hombres cambien su posición en el mundo privado, no puede prescindirse de ellos para llegar a este avance.³⁵¹ Al menos así lo entiende el doctorando.

El contenido de esta Política tal como ha sido planteada en este trabajo, nos permite terminar su examen con una valoración positiva del mismo aunque también reconocemos su insuficiencia. El método de coordinación entre

³⁴⁹ Así lo ponen de manifiesto también ARGÜELLES BLANCO, A.R., MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. *op. cit.*, pág. 22

³⁵⁰ ASTELARRA, J. *op. cit.*, pág. 344.

³⁵¹ ASTELARRA, J. señala expresamente que *“la autonomía es necesaria para que puedan surgir las reivindicaciones específicas y para que las mujeres puedan movilizarse y conseguir cuotas de poder que impulsen los cambios. Pero si la autonomía se usa para excluir a los hombres de la solución de los problemas, es casi imposible cambiar la realidad, a menos que se pretenda crear dos mundos separados”*. *Ibidem.*, pág. 364.

los Estados miembros y las instituciones europeas además de ser una imposición legal, entendemos que es el idóneo ya que de esta forma se podrá realizar la transferencia de la información y de las buenas prácticas entre los Estados miembros más desarrollados en esta materia y aquellos que comienzan el camino para su protección, sirviendo en este caso las instituciones comunitarias de adecuados intermediarios.

Sobre la elección de los objetivos que deben perseguirse con la aplicación de la Política en cuestión, si bien los consideramos ajustados a la realidad, entendemos que el diseño de las medidas para su consecución exige de una mayor concreción para que los Estados no puedan arbitrariamente realizar la traducción de los mismos según sus intereses. Con esto lo que queremos poner de manifiesto es que muchas de las declaraciones genéricas que se utilizan para definir las acciones a aplicar pueden concretarse, y fijar de esta forma objetivos a corto plazo para cuya consecución se establecen concretas acciones cuantificables, desde el punto de vista de la financiación y de los resultados de su puesta en práctica.

No se trata, a nuestro entender, de diseñar muchas medidas de acción sino de exigir que las pocas que resulten elegidas sean realmente aplicadas y evaluadas, ya se trate de la sensibilización a los interlocutores sociales o a los ciudadanos, ya se traten de reservas u otro tipo de medidas de acción positiva. La correcta evaluación es indispensable no sólo para justificar el esfuerzo que se realiza en su aplicación sino para diseñar futuras acciones. Entendemos que es en esta fase de la estrategia donde residen actualmente algunos obstáculos para que la estrategia de Igualdad de oportunidades sea más eficaz de lo que ya resulta.

Por tanto y en resumen, hay que ampliar los destinatarios de las medidas de fomento de la igualdad de oportunidades incluso de las medidas de acción positiva, incluyendo a los hombres, y hay que ser menos ambicioso en la cantidad de las medidas aplicadas y más riguroso en su control.

CAPÍTULO VII:

POLÍTICA COMUNITARIA DE IGUALDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO: EL CASO DEL EMPLEO DE LAS MUJERES

Política comunitaria de Igualdad en el Mercado de Trabajo: el caso del empleo de las mujeres

7.1. Introducción

En el seno de este capítulo que también podría denominarse “política de empleo”³⁵², pretendemos responder a la pregunta de si efectivamente las mujeres y hombres disfrutaban en los mercados de trabajo de las mismas condiciones laborales. Además analizaremos las ayudas económicas que se conceden al empresario para que genere empleo. De manera que con el estudio de ambas cuestiones podamos comprobar si la situación actual es idónea para incrementar la tasa de actividad femenina.

Es una realidad constatable desde cualquier perspectiva que el hecho de tener hijos afecta a la tasa de actividad femenina, aunque de forma diferente en los distintos países europeos. De acuerdo con la descripción de las familias que hemos realizado en el capítulo tercero de este trabajo, el número de hijos, la edad de éstos, la posibilidad de que los abuelos los cuiden, etc., va a repercutir en la presencia que las mujeres tienen en el mercado de trabajo. Podría pensarse que el gran abánico de medios legales, e incluso convencionales, que hoy por hoy existen en los ordenamientos nacionales, debería repercutir positivamente en esta tasa de actividad de las mujeres, ya que éstas, en décadas pasadas, tenían hijos y además trabajaban fuera del hogar familiar³⁵³.

³⁵² Sin embargo por el amplio contenido de esta política comunitaria que excede de nuestro estudio, vamos a limitarnos a estudiar la igualdad en las condiciones de trabajo de mujeres y hombres, y las ayudas que se conceden al empresario para que contrate a personas desempleadas. Al margen de estos aspectos existen muchos otros que integran la política de empleo comunitaria y que no van a ser objeto de análisis, por entender -como decimos- que excedería de nuestro objetivo y aunque en el texto utilicemos ambas expresiones.

³⁵³ Esta materia puede ampliarse en BALLARÍN, P., EULER, C., LE FEUVRE, N. y RAEVAARA, E. *op. cit.*, <http://www.sin-generodedudas.com/publicaciones.php> de 5 de septiembre de 2005.

Si bien esto último es cierto, las mujeres, en la actualidad, prefieren en muchos casos apostar por la vida profesional, quedando en un segundo nivel, no excluido pero sí subordinado al anterior, la tenencia y disfrute de hijos. Junto a esto debemos tener presente, como también indicamos en ese capítulo tercero, que se ha cambiado número de hijos por calidad del cuidado que se brinda a los mismos, aunque esta realidad que se produce en toda Europa presenta matices en algunos países.

Como ha señalado Flaquer "*en Dinamarca y Portugal las mujeres tienen un nivel elevado de actividad sea cual sea el número y edad de sus hijos. En Alemania, Holanda y el Reino Unido las tasas de actividad descienden a tenor del número de hijos y aumentan cuando las madres vuelven al trabajo porque los hijos se hacen mayores; por lo tanto, en esos países la discontinuidad laboral de las madres es frecuente. En Bélgica y Francia las tasas de actividad femenina dependen más del número de hijos que de la edad de los hijos. En España, Grecia, Irlanda, Italia y Luxemburgo, con tasas de actividad bajas, éstas tienden a disminuir a medida que crece el número de hijos*"³⁵⁴.

Si esta es la situación que existe en Europa, tendríamos que preguntarnos hasta qué punto una política europea que pretende articular medidas genéricas aplicables en todos los países puede contribuir a la Igualdad de Género, en particular fomentando la aproximación de las tasas de actividad de hombres y mujeres, sin establecer diferencias según el territorio, teniendo en cuenta que se ha de tender al acercamiento de las sociedades europeas. Además de lo anterior, resulta fácilmente constatable que cuando las mujeres se ausentan del mercado de trabajo por atender las responsabilidades familiares, las tasas de actividad masculina siguen creciendo. Es un fenómeno lógico de cualquier sociedad y de una economía que avanza.

Asimismo, debemos tener en cuenta un elemento que afecta a la Igualdad de Género, cualquiera que sea el prisma desde el que se mire: el coste que conlleva alcanzarla. Nos referimos a diferentes tipos de coste: al coste de sufragar las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral centradas en el tiempo de trabajo, que serán estudiadas con posterioridad; al coste de atender la salud de las mujeres, que son las únicas que pueden tener hijos y que además, en la actualidad, están sometidas a determinados riesgos sociales, lo que está dando lugar a numerosas situaciones de estrés y tensión donde las mujeres son las más afectadas –sobre este tema también volveremos en el capítulo siguiente dedicado a la Política de Salud Laboral–.

Toda esta enumeración debe ser completada con dos más, dignos de destacar: el primero de ellos, el precio que conlleva conseguir que lo que es un problema de educación intergeneracional, se solucione a través de programas de sensibilización y formación de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo. El segundo, por supuesto, el coste que conlleva establecer un adecuado

³⁵⁴ FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 84.

sistema de ayudas y servicios sociales que auxilien a hombres y mujeres para que compatibilicen su vida personal y profesional.

Estos son algunos de los costes que la consecución de esta Igualdad de Género comporta. En este capítulo que ahora comenzamos, nos hemos marcado como objetivo central analizar los mecanismos legales que pueden incidir en la tasa de actividad femenina, desde la perspectiva del coste que para el empresario supone contratar a mujeres y hombres. Por ello pretendemos analizar por una parte, el coste directo que supone para el empresario la contratación de un trabajador, dedicando una especial atención a la retribución, ya que supone el principal coste económico que debe soportar este empresario y que de no ser igual para mujeres y hombres puede estimularle o desanimarle a la contratación. Esta reflexión la extenderemos al resto de condiciones laborales y al final de este apartado haremos una mención especial al trabajo a tiempo parcial que se ha presentado como una de las soluciones posibles al problema de la conciliación, pero siempre garantizando la igualdad de condiciones laborales de forma proporcional respecto a los trabajadores que realizan una actividad a tiempo completo. La razón por la que incluimos este último aspecto es porque –como ya hemos dicho– las mujeres son las principales titulares del trabajo a tiempo parcial.

Por otra parte y partiendo de la conclusión que obtendremos en la primera parte, analizaremos el coste indirecto y a largo plazo que supone contratar a unas y otros, lo que el Estado intenta compensar a través de ayudas económicas que estimulen la contratación principalmente indefinida y de mujeres. En relación con esto último analizaremos una de las soluciones que se han propuesto en los últimos tiempos para mejorar las tasas de actividad y que están relacionadas con la flexibilidad que debe presidir la relación laboral. Todos estos aspectos van a ser estudiados desde una perspectiva principalmente económica.

Esta distribución la hemos realizado partiendo de la manifestación que realizan las organizaciones empresariales relativa al hecho de que las mujeres suelen resultar más caras que los hombres, por las salidas que experimentan de los mercados de trabajo para atender las responsabilidades familiares, ya que son ellas las que principalmente utilizan los permisos y licencias que conceden los ordenamientos nacionales. Esta reflexión suele hacerse desde una perspectiva a largo plazo. Sin embargo, si analizamos la estructura empresarial a corto y medio plazo, la mujer manifiesta una serie de valores que los hombres tienen en menor medida, como son la capacidad de organización, un mayor grado de responsabilidad, etc.³⁵⁵; que pueden llegar a hacerla más rentable para el empresario, especialmente para algunas actividades empresariales concretas.

Para contrarrestar los efectos de la rotación de entrada y salida de la mujer en el mercado de trabajo, especialmente, a través de la Política de Empleo

³⁵⁵ En MANAGEMENT & RESEARCH. *Emprender en Femenino: Estudio del perfil de la mujer emprendedora en Andalucía*. Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, Junta de Andalucía, 2004, y *Estudio sobre El acceso de la mujer andaluza a puestos directivos en el ámbito de la Economía Social. ¿Apariencia de Igualdad?*. Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa, Junta de Andalucía, 2005.

que –como veremos a continuación– se actualiza frecuentemente, se conceden ayudas de diferentes tipos para aumentar la tasa de actividad de estas mujeres, intentando de esta forma compensar a los empresarios por el coste que para ellos supone que las mujeres sean las principales afectadas por esas ausencias del mercado laboral.

Esta concesión de ayudas podríamos considerarla como la fórmula que se utiliza para que, a largo plazo, la mujer pueda resultar más atractiva para los empresarios, ya que a corto plazo no lo resulta aparentemente por los resultados que tenemos en los mercados laborales. Se trata de una compensación que se concede a los empresarios, en la actualidad, por asumir el riesgo de que la mujer abandone temporalmente el mercado de trabajo y pueda, por ello, resultarle menos rentable.

Este capítulo terminaría con una valoración de estas dos parcelas desde la perspectiva feministas que estamos defendiendo en este trabajo y, con una propuesta de mejora de la situación que previamente habremos analizado.

7.2. Igualdad en las condiciones laborales como garantía de la igualdad de costes a corto plazo

Antes de entrar en el análisis de las normas que regulan esta garantía, entendemos que es necesario aclarar la opción que hemos tomado, tratando determinadas normas comunitarias en el seno de esta Política y no al estudiar aquellas otras referidas a la igualdad de oportunidades. Nos referimos a la Directiva 76/207, 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, así como a las condiciones de trabajo³⁵⁶, modificada en el año 2002 por la Directiva 2002/73³⁵⁷. Lo mismo podemos decir de la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES³⁵⁸ que podría ser estudiada en la política de conciliación de los tiempos de atención a las responsabilidades personales y profesionales.

Podría pensarse que el lugar más idóneo para estudiar el contenido de estas normas es el capítulo anterior o incluso ese último capítulo de este trabajo, por ejemplo, porque el trabajo a tiempo parcial se ha utilizado, entre otras cosas, como mecanismo dentro de la igualdad de oportunidades para aumentar la tasa de actividad femenina, además de ser una fórmula de regular el tiempo trabajo remunerado y el que podríamos llamar tiempo libre. Sin embargo, dada la perspectiva económica que estamos adoptando en este trabajo, que como

³⁵⁶ DOCE L n° 39 de 14 de febrero de 1976.

³⁵⁷ DOCE L n° 269 de 5 de octubre de 2002.

³⁵⁸ DOCE L n° 14 de 20 de enero de 1998.

señalamos en la presentación del tema de investigación nos lleva a analizar la posición de la mujer en cuanto sujeto económico que demanda y aporta servicios en el mercado, nos parecía más idóneo realizar en este capítulo el tratamiento de las principales normas comunitarias que protegen la igualdad de hombres y mujeres desde la perspectiva del coste que para el empresario supone contratar a mujeres³⁵⁹, sin perjuicio de que reconozcamos que también sería idóneo su estudio en el capítulo de Igualdad de Oportunidades o en el último capítulo de este trabajo.

Precisamente por este planteamiento económico es por lo que vamos a analizar, en un primer momento, la igualdad de retribución –ya que fue garantizada en el ordenamiento comunitario antes que cualquier otra condición laboral– para posteriormente estudiar la garantía de Igualdad en el resto de condiciones laborales y terminar con alguna referencia al trabajo a tiempo parcial.

7.2.1. Igualdad retributiva

El examen de este aspecto laboral interesa para poder contrarrestar conclusiones como las vertidas desde algunas instituciones que consideran que las cargas familiares disminuyen el rendimiento del trabajador y por ende, su salario³⁶⁰. Se trata, como ya pusimos de manifiesto al estudiar el Derecho Internacional, de una forma simple de entender las discriminaciones salariales que aún hoy persisten.

Aunque es cierto que las responsabilidades familiares influyen en el rendimiento de las mujeres que trabajan fuera y dentro del hogar, como también lo hacen en los hombres que las asumen, no podemos vincular la igualdad de retribución sólo al hecho de que las mujeres se encuentren más o menos liberadas en el ámbito familiar porque dichas responsabilidades se atiendan por servicios de cuidado y no por ellas mismas, logrando así un supuesto “incremento” del rendimiento de la mujer en la esfera profesional.

La desigualdad de salarios se produce al margen de dichas responsabilidades o en previsión de que éstas se produzcan, de manera que una de las razones por las que se retribuye de forma inferior a la mujer es por el riesgo de tener ese tipo de cargas. Esto se hace estableciendo una estructura salarial diferente e inferior para las categorías propiamente femeninas. También puede ocurrir que se retribuya a la mujer de forma inferior sin más, no concediéndole determinados complementos salariales que sí se otorgan a los hombres, por el simple hecho de que éstos no se someten al riesgo de continuas salidas del mercado de trabajo, motivadas principalmente por la maternidad u otro tipo de obligaciones familiares³⁶¹.

³⁵⁹ Entendiendo que es principalmente aunque no exclusivamente para él.

³⁶⁰ Expresamente se señala en la Recomendación nº 90 de la OIT de 1951.

³⁶¹ Tampoco podemos olvidar como pusimos de manifiesto en el Capítulo tercero, que la temporalidad predominante en los mercados de trabajo afecta principalmente a las mujeres, y por la vía de la contratación temporal se pueden introducir diferencias salariales a través de complementos de productividad, antigüedad, etc., que no reciben los trabajadores temporales, y por ello especialmente las mujeres.

El establecimiento de esos complementos de salario siguiendo criterios de objetividad, como puedan ser el rendimiento o desempeño del trabajador, es ciertamente legítimo. Lo que no lo es, al menos a nuestro entender, es el establecimiento de categorías propiamente femeninas que no disfrutan de ese tipo de complementos objetivos y que “condenan” a la mujer a una permanente situación de desigualdad, con independencia de su buen hacer en sus obligaciones laborales.

Hoy por hoy, esta realidad se observa no sólo en la negociación colectiva, sino también en el establecimiento de salarios por parte del empresario cuando no se aplica dicha negociación. Este comportamiento resulta contradictorio, si tenemos en cuenta que los interlocutores sociales que negocian esos convenios son los principales agentes, junto con la Administración, para fomentar y garantizar la Igualdad de Género y todos los aspectos que esta conlleva.

Otra de las razones por la que nos interesa estudiar la igualdad salarial es porque fue el primer aspecto tratado en el seno de la Unión europea desde el punto de vista de la igualdad entre mujeres y hombres y sin embargo, aún hoy, no se han conseguido eliminar este tipo de prácticas discriminatorias, lo que nos lleva a pensar que las medidas que se han adoptado hasta el momento o son insuficientes o son incorrectas. Esto no es un aspecto baladí, ya que se está intentando conseguir la tan ansiada Igualdad de Género cuando todavía no hemos conseguido la igualdad de salarios³⁶².

La propia Comisión Europea ha declarado en el año 2005 que “se aprecian pocos avances en la disminución de la diferencia salarial entre mujeres y hombres, que se mantiene aproximadamente en el 16% en la UE-15. Teniendo en cuenta la diferencia salarial en los nuevos Estados miembros, la proporción estimada en la UE-25 es ligeramente inferior, 15%. [...]”³⁶³.

A lo que añade la Comisión que el mayor uso que las mujeres realizan del trabajo a tiempo parcial (80%), constituye uno de los factores responsables de las diferencias salariales existentes entre hombres y mujeres. Si bien esto es cierto, no se puede admitir que esta circunstancia justifique todas las discriminaciones salariales que hoy persisten. En todo caso justificaría las diferencias de salario por trabajos realizados al amparo de un trabajo a tiempo completo o a tiempo parcial³⁶⁴, pero nada más.

³⁶² Partiendo de esta igualdad salarial y gracias a una “ingeniosa obra de ingeniería jurídica realizada por la doctrina y por la jurisprudencia comunitaria” se han ido ampliando los derechos y garantías relacionados con el trabajo de las mujeres. Así denomina RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. el avance producido en esta materia. “Igualdad de género y políticas comunitarias”. *op.cit.*, pág. 1. En parecidos términos se pronuncia ORDÓÑEZ SOLÍS, D. *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo. op. cit.*, pág. 29. En concreto, señala que “en efecto, el principio de igualdad entre hombres y mujeres ha seguido en el ámbito comunitario europeo una evolución muy particular: surge como complemento necesario para la realización del mercado común, pero paulatinamente se configura como un derecho aplicable progresivamente en el ámbito social y termina formulándose también como derecho humano fundamental”.

³⁶³ COM (2005) 44 final, de 14 de febrero de 2005, pág. 5. Incluso ha llegado a declarar la Comisión que la brecha salarial ha aumentado en los dos últimos años en algunos países. Esta declaración puede consultarse en COM (2005) 81 final de 8 de marzo de 2005. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea un Instituto Europeo de la Igualdad de Género. pág. 4.

³⁶⁴ COM (2005) 44 final, de 14 de febrero de 2005, pág. 4.

Esta situación, por tanto, nos obliga a analizar cómo se ha estructurado todo el sistema legal que garantiza la igualdad de retribución entre mujeres y hombres. De manera que si detectamos donde se encuentra la carencia de este sistema de protección, podremos proponer soluciones para su mejora, las cuales, avanzamos, pasan por la igualación de costes femeninos y masculinos, de la que hemos avanzado ya algo en la introducción de este capítulo.

Como ha declarado algún autor, la existencia de diferencias retributivas es una característica estructural de los mercados de trabajo de la Unión. Esto ha supuesto que tales diferencias, cuando han dado lugar a discriminaciones, no hayan sido tratadas como cuestiones coyunturales de una actividad productiva concreta o de un período determinado, sino como un problema económico que existe en los mercados de los Estados miembros, como la discriminación más visible en estos mercados³⁶⁵. Esto se explica porque el empleo femenino suele concentrarse en los sectores de actividad donde los salarios son más bajos, a lo que se le suma el hecho de que la antigüedad de las mujeres en los mercados de trabajo también suele ser inferior a la de los hombres y hasta hace unos años, las mujeres tenían menos formación que los trabajadores varones, además de todo esto es fácil comprobar como las mujeres acceden en menor medida a puestos de mayor nivel y responsabilidad³⁶⁶.

Ante esta situación, la respuesta legal que se ha dado desde las instituciones europeas arranca en el originario Tratado de la Comunidad Económica Europea del año 1951, en el cual el artículo 119 garantizaba por una parte, la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un mismo trabajo y, por otra parte, proporcionaba el concepto de salario a efectos de poder aplicar esta garantía³⁶⁷. Estos dos aspectos del originario artículo 119 motivaron pronto la

³⁶⁵ GARCÍA DIEZ, J. *op. cit.*, pág. 61.

³⁶⁶ Así lo ha declarado la Comisión Europea en "The Social Situation in the European Union, 2000. Eurostat. Highlighting pay differentials between women and men". Swedihns Presidency Study. 2000. Oficina de publicaciones de la Comisión Europea. <http://www.europa.eu.int/comm>. 23 de agosto de 2005.

³⁶⁷ En concreto, establecía "cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo. La igualdad de retribución, sin discriminación por razón de sexo, significa:

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

Como puede comprobarse el concepto de salario "va más allá del precio que el empresario paga por el trabajo realizado por el empleado e incluye otros beneficios o ventajas considerados como salario para los propósitos del artículo 119". SENDEN, L. "La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria", en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. op.cit.*, pág. 141. También puede consultarse FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. "La aplicación de la Directiva 75/117 en España" en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. Ibidem.*, pág. 175. Este precepto debe ser interpretado de acuerdo con lo establecido en el Preámbulo del Tratado y el artículo 117 que establecía que "los Estados miembros convienen en la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. Asimismo, consideran que dicha evolución resultará tanto del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, como de los procedimientos previstos en el presente Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas" Como se observa, se consideraba que el mercado único, en cuanto unión económica, proporcionaría la protección de lo que se ha venido en llamar Política

necesidad de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronunciara sobre su contenido y sobre la eficacia directa de este precepto³⁶⁸.

El primero de estos aspectos precisó que se aclarara que el artículo 119 del Tratado de Roma sólo garantizaba la igualdad retributiva y, no la igualdad de trato en general entre hombres y mujeres. Sobre este último aspecto no puede dejar de citarse la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo en el asunto Defrenne, asunto que ha dado lugar a tres pronunciamientos del Tribunal y que ha tenido como efecto principal la aplicabilidad directa del artículo 119 del Tratado, pero sólo en cuanto a las condiciones retributivas disfrutadas por el trabajador y sin que pueda extenderse a otras condiciones laborales.³⁶⁹

Social. En parecidos términos se pronuncian CRUZ VILLALÓN, J. "Los intersticios de penetración de la prohibición en el derecho comunitario", en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. Ibdem.*, pág. 34. MANCINI, F. "Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario", en *Relaciones Laborales 1986 I*, págs. 1179 y ss. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid 1994. págs. 19 y ss. COLINA RAMÍREZ, J.M. y SALA FRANCO, T. *Derecho Social Comunitario*, 2ª edición, Madrid, 1995, págs. 70 y ss. Cfr. CABEZA PEREIRO, J. "El derecho de la mujer a trabajar en igualdad: apuntes sobre el estado de la cuestión". CIVITAS, nº 104 de 2001, pág. 195-224.

³⁶⁸ En este sentido resulta significativa la Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto C-26/62, Van Gend & Loos, con la cual el Tribunal sentó las bases para la llamada eficacia directa de aquellas normas o principios comunitarios que tuvieran un contenido preciso, claro y "no dejarán ningún margen de apreciación para su aplicación". Como ha señalado algún autor "En la sentencia Van Gend & Loos se señala que la Comunidad constituye un nuevo ordenamiento jurídico de Derecho internacional en beneficio del cual los Estados miembros limitan sus derechos soberanos y cuyos sujetos son no sólo los Estados sino también los ciudadanos". ARCE, J.C. *op. cit.*, pág. 1 8 y ss.

³⁶⁹ Como se ha dicho este asunto ha dado lugar a tres pronunciamientos del Tribunal europeo: Sentencia de 25 de mayo de 1971, asunto C-80/70, Gabrielle Defrenne contra Reino de Bélgica (Defrenne I), Sentencia de 8 de abril de 1976, asunto C-43/75 (Defrenne II), y Sentencia de 15 de junio de 1978, asunto C-149/77 (Defrenne III). Gabrielle Defrenne trabajó como azafata de vuelo para la compañía aérea SABENA desde el 10 de diciembre de 1951 hasta el 15 de febrero de 1968, fecha en que la misma cumple 40 años, y SABENA pone fin a su contrato en aplicación del art. 5 del Convenio de empleo del personal de navegación. La interesada interpuso dos recursos; uno de indemnización en vía laboral por ruptura injustificada de contrato de trabajo, este recurso dio lugar a la sentencia Defrenne II, y un recurso de anulación ante el Consejo de Estado belga dirigido contra el RD de 3 de noviembre de 1969, que regulaba las reglas especiales del derecho a pensión del personal de vuelo de la aviación civil, y que en su artículo 1 excluía a las azafatas de los beneficios previstos para el personal de vuelo, por este recurso la Corte de Casación del Estado Belga formula ante el Tribunal europeo una cuestión prejudicial que dio origen a la sentencia Defrenne I y Defrenne III. En cuanto a la primera, y en relación con las aportaciones del empresario en cuanto cotizaciones a la Seguridad Social que luego darán derecho a una pensión de jubilación, se declara que "Una pensión de jubilación establecida en el marco de un régimen legal de Seguridad Social no constituye un beneficio pagado indirectamente por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último, en el sentido del artículo 119, párrafo 2 del TCEE".

En la sentencia Defrenne II se establece el efecto directo del artículo 119 del Tratado, de este fallo es preciso destacar que "la aplicación del artículo 119 debía ser asegurada de manera plena por los Estados miembros originarios a partir del 1 de enero de 1962, comienzo de la segunda etapa del período transitorio, y por los nuevos Estados miembros a partir del 1 de enero de 1973, fecha de entrada en vigor del Tratado de adhesión.

La Directiva del Consejo nº 75/117 no perjudica el efecto directo del artículo 119, y el plazo fijado por esta Directiva no surte efecto sobre los plazos fijados, respectivamente por el artículo 119 del Tratado CEE y el Tratado de adhesión.

Incluso en aquellos dominios en que el artículo 119 no tuviera efecto directo, no se podría interpretar tal disposición en el sentido de que reserva una competencia exclusiva al legislador nacional para la aplicación del principio de igualdad de remuneración, pudiendo regular tal aplicación, siempre que fuera necesario, de un concurso de disposiciones comunitarias y nacionales.

Salvo en los casos de aquellos trabajadores que con anterioridad han presentado un recurso o una reclamación equivalente, el efecto directo del artículo 119 no puede invocarse en apoyo de reivindicaciones relativas a períodos de remuneración anteriores a la fecha de la presente sentencia"

Finalmente, en la sentencia Defrenne III, donde se limita el ámbito del artículo 119 del Tratado a la igualdad retributiva como señalamos anteriormente, se declara que "el artículo 119 del Tratado CE, no puede interpretarse en el sentido de que prescribe, además de la igualdad de retribuciones otras igualdades de las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores masculinos y femeninos. En la época de los hechos que constituyen el origen del litigio principal, no existía, en referencia a las relaciones laborales sometidas al derecho nacional, norma de Derecho Comunitario que prohibiera las discriminaciones entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de condiciones laborales distintas al régimen de retribuciones al que se refiere el artículo 119 del Tratado." En estos mismos términos se pronuncia SENDEN, L. *op. cit.*, pág. 137. También sobre la sentencia Defrenne puede consultarse CARUSO, B. *op. cit.*, pág.86.

La utilidad de dicha aplicabilidad directa es que permite a los particulares reclamar judicialmente aquellos derechos y garantías reconocidos en normas comunitarias que no hayan sido transpuestas a los ordenamientos nacionales, siempre que de su contenido se puedan extraer los elementos esenciales para poner en práctica dicho derecho³⁷⁰. Esta eficacia directa de la norma se convierte, por tanto, en un mecanismo de garantía de este principio de igualdad de trato.

En cualquier caso, es preciso no olvidar la necesidad de acudir a cada caso concreto para decretar la aplicabilidad directa de un precepto o norma comunitarios, ya que resulta imprescindible el cumplimiento de dichos requisitos de precisión y claridad, razón por la cual no se puede proclamar la eficacia directa del Derecho comunitario en términos genéricos³⁷¹.

A pesar de esta eficacia directa del artículo 119 TCEE, las discriminaciones salariales continuaban estando presente en los mercados de trabajo, por lo que se optó por establecer una regulación más desarrollada de este precepto lo que se hizo con la Directiva 75/117 de 10 de febrero de 1975³⁷², relativa a la

³⁷⁰ En un principio y de acuerdo con la doctrina establecida por el Tribunal europeo esta eficacia directa del artículo 119 del Tratado, sólo se aplicaría en los supuestos en los cuales la discriminación fuera evidente, es decir, en los supuestos de discriminaciones directas. Aunque esta doctrina fue evolucionando en sentencias posteriores, puede citarse a modo de ejemplo, STJCE de 11 de marzo de 1981, WORRINGHAM & HUMPHREYS /LLOYDS BANK, LTD, asunto C-69/80; STJCE de 31 de marzo de 1981, JENKINS/KINGSGATE, asunto C- 96/80; STJCE de 9 de febrero de 1982, GARLAND/BRITISH RAIL ENGINEERING Ltd, asunto C-12/81; STJCE de 17 de febrero de 1993, COMISION/ESTADO BELGA, asunto C-173/91; STJCE de 9 de noviembre de 1993, BIRDS EYE WALLS LIMITED/FRIEDEL M. ROBERTS, asunto C-132/92; STJCE de 13 de mayo de 1986, BILKA KAUFHAUS GMBH/WEBER VON HERTZ, asunto C-170/84; STJCE de 6 de octubre de 1993, TEN OEVER/STICHTING BEDRIJFS-PENSIOENFONDS, asunto C-109/91; STJCE de 14 de diciembre de 1993, MORONI/COLLO, asunto C-110/91; STJCE de 10 de julio de 1997, BONIFACI, asunto C-94/95 y 95/95; STJCE de 4 de diciembre de 1997, KAMPPELMANN, asunto C- 253/96 y 258/96; STJCE de 11 de diciembre de 1997, MAGORRIAN, asunto C- 246/96; STJCE de 14 de julio de 1998, REGELING, asunto C-125/97; STJCE de 27 de octubre de 1998, BOYLE, asunto C-411/96; STJCE de 1 de diciembre de 1998, LEVEZ, asunto C- 326/96; STJCE de 26 de octubre de 1999, SIRDAR, asunto C-273/97; STJCE de 10 de febrero de 2000, DEUSTCHE TELEKOM, asunto C-50/96, C-234/96 y 235/96; STJCE de 10 de febrero de 2000, DEUTSCHE POST, asunto C-270/97 y 271/97; STJCE de 3 de octubre de 2000, SIMAP, asunto C-303/98; STJCE de 18 de octubre de 2001, GHAREHVERAN, asunto C-441/99; STJCE de 24 de enero de 2002, TEMCO SERVICE INDUSTRIES, asunto C-51/00; STJCE de 17 de septiembre de 2002, LAWRENCE Y OTROS, asunto C-320/00, entre otras.

³⁷¹ Esta doctrina ha ido evolucionando hasta llegar a la conclusión de que *“los justiciables podían invocar el efecto directo del artículo 119 siempre que un determinado hecho o un determinado acto pueda calificarse como “retribución” y la discriminación tenga lugar en un mismo establecimiento servicio, ya sea privado o público”*. Parlamento Europeo. Documentos de trabajo. Los derechos de la mujer y el Tratado de la Unión Europea. W-5 1995. pág. 7. Dicha evolución dio como resultado el establecimiento de una serie de premisas a tener en cuenta en la aplicación del efecto directo de una norma comunitaria. En relación con el artículo 119 del Tratado, se habla de eficacia directa vertical (frente al Estado) y eficacia directa horizontal (frente a los particulares). Además de ésta y de otras resoluciones judiciales se extrae la conclusión de que la fuente de discriminación no tiene que ser necesariamente legal, puede ser convencional, y la legitimación pasiva no se centra en el empresario sino que se extiende a las propias administraciones u otros organismos prestadores de servicios relacionados con la retribución del trabajador (por ejemplo pensiones), e incluso se amplía la legitimación activa para reclamar la aplicación correcta de este precepto, pudiendo los derechohabientes del trabajador reclamar la aplicación directa del artículo 119. En este sentido puede consultarse STJCE de 28 de septiembre de 1994, COLOROLL, asunto C-200/91, y STJCE 28 de septiembre de 1994, FISSCHER, asunto C-128/93. En resumen, se dice que si el trabajador sólo pudiera invocar el artículo 119 en relación con el empresario, *“excluyendo a los administradores del régimen expresamente encargados de ejecutar las obligaciones de este último, el efecto útil de dicha disposición se vería considerablemente mermado y se causaría un serio perjuicio a la protección jurídica que exige una igualdad efectiva”*. Sobre esta materia puede consultarse PUERTA DOMÍNGUEZ, E.M. *La Directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*. Editorial Comares, Granada, 1999.

³⁷² DOCE L nº 45 de 19 de febrero de 1975.

aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos³⁷³.

Con esta norma se pusieron de manifiesto nuevas necesidades interpretativas en relación con esta materia. Así se consideraba necesario aclarar los conceptos de “mismo trabajo o trabajo de igual valor” ya que son conceptos ambiguos, imprecisos e indeterminados³⁷⁴. Además se planteó el problema de la elección del sistema de valoración de puestos de trabajo más adecuado³⁷⁵, ello porque, a pesar de la confusión en ocasiones producida, a lo que obliga –insistimos– tanto el Tratado como la Directiva del año 1975 no es a que el empresario retribuya igual a los hombres y mujeres que desempeñen el mismo trabajo, sino que la obligación se reduce a que puedan ser valorados como iguales por no existir elemento objetivo que justifique la diferenciación. Por tanto, la cuestión se centra en la valoración de ese posible elemento que debe ser objetivo³⁷⁶.

³⁷³ Como algún autor ha señalado, y dado el carácter limitado de la protección de la igualdad en el Tratado de la CEE, era lógico que la primera Directiva sobre la materia también estuviera referida sólo a esa igualdad retributiva. ALARCÓN CARACUEL, M.R. “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea” en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. op.cit.*, pág. 26. Además, es preciso aclarar que esta Directiva no podía ni reducir ni ampliar el contenido del precepto del Tratado. Como ha señalado algún autor “[...] su importancia radica principalmente en la clarificación o explicación del contenido del artículo 119 y en proporcionar algunas reglas explícitas sobre la protección judicial de las víctimas de la no aplicación del principio de igualdad salarial” SENDEN, L. *op.cit.*, pág. 139. Esta misma autora considera, como no podía ser de otra manera, que en caso de conflicto entre el artículo 119 TCEE y la Directiva del año 1975, tendría prioridad el primero. También puede destacarse sobre esta Directiva el trabajo de ORTIZ LALLANA, C. “La igualdad de trato por razón de sexo: un estudio especial (I)” en *Actualidad Laboral*, nº 1, 1988, págs. 669 y ss. CORTEZO, J. “La no discriminación laboral por el sexo en la Comunidad Económica Europea”. *Revista Trabajo*, nº 70, 1983, págs. 33-49. SÁNCHEZ LÓPEZ, M.B. *op. cit.*, págs. 19-49.

³⁷⁴ Como algún autor ha señalado “*atentan a la realidad (ya que) [...] en ocasiones, la diferencia salarial resulta de la diferente valoración de las funciones desarrolladas por dos grupos profesionales, uno mayoritariamente femenino y otro masculino y puede ser demostrado que el trabajo de ambos grupos tiene el mismo valor*” ARCE J.C. *op. cit.*, pág. 38. Asimismo, SENDEN, L. *op. cit.*, pág. 142-144. en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. op.cit.* QUINTANILLA NAVARRO, B. *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*. Marcial Pons, Madrid, 1996.

³⁷⁵ Como señala algún autor “[...] determinar si dos trabajos son idénticos es tarea relativamente sencilla; decidir si, aun no siendo iguales, poseen el mismo valor es muy difícil” ARCE, J.C. *op. cit.*, pág. 39. A modo de ejemplo, puede señalarse como en el Reino Unido, se garantiza la igualdad retributiva “para trabajos iguales o muy similares; en los casos en los que exista un sistema de clasificación de funciones; y en aquéllos en que se alegue que los trabajos poseen el mismo valor”. En parecidos términos se pronuncia GARCÍA VIDAL, M. “La igualdad de retribución entre hombre y mujer en la Comunidad Económica Europea: un estudio relacional entre el Reino Unido y España”, *Quaderns de Treball Institut Universitari d'Estudis Europeus*. nº 14, Florencia, pág. 2 y 3.

³⁷⁶ Sobre este aspecto la Comisión europea en 1996 aprueba el llamado Código práctico sobre la igualdad retributiva. Los destinatarios de este Código son las empresas, los interlocutores sociales y los propios individuos afectados por la desigualdad salarial. La razón de su aprobación es que a pesar del artículo 119 del Tratado originario y de la Directiva del año 1975 “*las diferencias de retribución entre las mujeres y los hombres siguen siendo considerables*”. [...]. “*Además, se observa que estas divergencias son más elevadas en el caso de los trabajadores no manuales que en el de los manuales*”. Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor. Comunicación de la Comisión de 17 de julio de 1996. Además, sobre este Código se ha dicho que “*se aplica en el lugar de trabajo, tanto en el sector público como en el privado, y no tienen carácter vinculante. Establece la idea de que los negociadores patronales o sindicales procedan a un análisis del régimen de retribución, evalúen las discriminaciones por razón de sexo con el fin de adoptar las medidas apropiadas, y realicen un seguimiento para eliminar dichas discriminaciones. Por último, el objetivo de este código consiste en ayudar a las mujeres y los hombres que consideren que su trabajo se subestima a causa de una discriminación por razón de sexo, a que dispongan de la información necesaria para resolver su problema mediante la negociación o, como último recurso, sometiendo a las jurisdicciones nacionales. En definitiva, este código de conducta se ha elaborado con el fin de permitir una mejor aplicación de la directiva 75/117/CEE*”. Parlamento Europeo. Dirección general de estudios. Documento de trabajo. Los derechos de la mujer y el Tratado de Amsterdam. Serie derechos de la mujer. FEMM 104 ES. 5.1998, pág. 14. www.pe.es. 13 de agosto de 2004. Por otra parte, se ha dicho que el “*efecto práctico de esta directiva se halla principalmente en el hecho*

A pesar de las continuas aclaraciones del Tribunal de Justicia³⁷⁷, sobre todo por las aportaciones realizadas a través de sentencias³⁷⁸, se propone la necesidad de modificar el artículo 119 del Tratado, fundamentalmente tras la Sentencia Barber de 17 de mayo de 1990³⁷⁹. Esta modificación no fue posible en la medida pretendida, por la oposición del Reino Unido³⁸⁰, razón por la cual se optó, como en otras ocasiones, por aprobar un Protocolo³⁸¹ que como anexo al

de que obliga a los Estados miembros a prever un procedimiento jurídico por el que los trabajadores que se sientan víctimas de un trato discriminatorio puedan presentar una querrela. Además, los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores que se querellen. De este modo el Consejo espera llevar a la práctica de manera efectiva el principio de igualdad de retribución". Parlamento Europeo. Documentos de trabajo. Los derechos de la mujer y el Tratado de la Unión Europea. W-5 1995, pág. 8. www.pe.es. 13 de agosto de 2004. Sobre el mismo puede consultarse también, LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C. "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas, nº 99, enero/febrero, 2000, pág. 19. En cualquier caso, no podemos olvidar que esta norma no es vinculante ni para los Estados miembros ni para los particulares. Sobre esta cuestión es importante tener en cuenta la abundante jurisprudencia del TJCE. Asimismo, puede consultarse CARUSO, B. *op.cit.*, págs. 89-92; SENDEN, L. *op.cit.*, pág. 135. Además, será el juez nacional el que deba establecer la adecuación o no del concreto sistema de valoración de puestos de trabajo a ese principio de igualdad de trato retributiva.

³⁷⁷ Sobre la labor de este Tribunal se puede consultar HEIDE, I. "Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea". *Revista Internacional del Trabajo*. 1999/4, págs. 425-460.

³⁷⁸ Entre las sentencias dictadas hasta esta fecha puede consultarse: STJCE de 27 de marzo de 1980, MACARTHYS LTD contra WENDY SMITH, asunto C-129/79, STJCE de 9 de junio de 1982, COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra LUXEMBURGO, asunto 58/81, STJCE de 6 de julio de 1982, COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA e IRLANDA DEL NORTE, asunto C-61/81, STJCE de 18 de septiembre de 1984, W.G.M. LIEFTING y otros contra DIRECTIE VAN HET ACADEMISCH ZIEKENHUIS BIJ DE UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM y otros, asunto C- 23/83, STJCE de 30 de enero de 1985, COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra REINO DE DINAMARCA, asunto C-143/83, STJCE de 2 de mayo de 1985, CLAUDIA DE ANGELIS contra COMISION DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, asunto C-246/83, STJCE de 1 de julio de 1986, GISELA RUMMLER contra DATO-DRUCK GbmH, asunto C-237/85, STJCE de 3 de diciembre de 1987, GEORGE NOEL NEWS-TEAD contra DEPARTMENT OF TRANSPORT y JER MAJESTY' S TREASURY, asunto C-192/85, STJCE de 13 de julio de 1989, INGRID RINNER-KÜHN contra FWW SPEZIAL-GEBAUDEREINIGUNG GMBH & CO.KG, asunto 171/88, STJCE de 17 de octubre de 1989, HANDELS-OG KONTORFUNKTIONAERERNES FORBUND I DANMARK contra DANSK ARBEJDSGIVERFORENING, en nombre de DANFOSS, asunto C-109/88, STJCE de 27 de junio de 1990, MARIA KOWALSKA contra FREIE UND HANSESTADT HAMBURG, asunto C-33/89.

³⁷⁹ Asunto C-262/88. En este asunto el Sr. Barber se encontraba afiliado a la Caja de Pensiones de Jubilación creada por Guardian, que aplicaba un Plan de pensiones no contributivo, es decir, financiado íntegramente por el empresario. De acuerdo con este Plan de pensiones, la edad normal de jubilación estaba fijada, para la categoría de empleados a la que pertenecía el interesado, en 62 años para los hombres y en 57 para las mujeres. En caso de que se produjera un despido por causas económicas, se preveía que el trabajador afectado recibiría una pensión inmediata, siempre que hubiese alcanzado la edad de 55 años si era hombre o 50 si era mujer. El actor despedido por estas circunstancias a la edad de 52 años no pudo disfrutar de estos beneficios económicos por no cumplir el requisito de la edad. Por ello el Tribunal consideró que "[...] el artículo 119 del Tratado se opone a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda tener derecho a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación, mientras que una mujer que se encuentre en las mismas circunstancias tiene derecho a una pensión de jubilación inmediata, debido a la aplicación de un requisito de edad distinto según el sexo, que corresponde a una diferencia prevista por el régimen legal nacional para la concesión de las pensiones de jubilación. El principio de igualdad de retribución debe garantizarse para cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores" "[...] Respecto a la manera de verificar el respeto del principio de igualdad de remuneración, procede declarar que, si los órganos jurisdiccionales nacionales estuvieran obligados a proceder a una valoración y a una comparación del conjunto de las gratificaciones de distinto carácter concedidas, según los casos, a los trabajadores masculinos y femeninos, el control jurisdiccional les sería difícil de realizar y la eficacia del artículo 119 (141 actual) se vería disminuida en la misma medida. De ello se sigue que la verdadera transparencia, que permita un control eficaz, sólo se garantiza si el principio de igualdad de retribución se aplica a cada uno de los elementos de la retribución concedida respectivamente a los trabajadores masculinos y femeninos [...]". Además, puede consultarse GARCÍA VIDAL, M. *op. cit.*, pág. 6 y ss.

³⁸⁰ Esta postura tradicional del Reino Unido (opting out) cambió a partir de 1997 por la política emprendida por el New Labour de Tony Blair, asumiendo el compromiso de firmar el Protocolo de Política Social y el resto de normas de Derecho Comunitario que hasta ese momento no habían recibido el apoyo de este país. En parecidos términos se pronuncia, CABEZA PEREIRO, J. La cuestión social en el Derecho originario de la Unión Europea". *op.cit.*, pág. 41.

³⁸¹ Respecto de este Protocolo, al igual que en el resto de los Protocolos, se plantea una primera cuestión relativa a su eficacia y carácter vinculante para los Estados miembros. La respuesta se encuentra en el texto originario del Tratado, el firmado en Roma en 1957, cuyo artículo 239 establecía que "los protocolos que, de común acuerdo entre los Estados

Tratado vinculara sólo a los Estados miembros firmantes del mismo, y cuya principal virtualidad es que declaraba que *“la igualdad completa, de conformidad con el artículo 119, sólo se debe producir cuando las prestaciones sean atribuibles a períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990 (fecha de la sentencia Barber), a menos que el trabajador afectado haya emprendido una acción judicial o promovido una reclamación equivalente antes de dicha fecha”*³⁸².

Lo que este pronunciamiento señala es que será a partir de esta fecha (17 de mayo de 1990), cuando pueda aplicarse la exigencia de igualdad retributiva para todos y cada uno de los elementos que compongan la retribución del trabajador.

En resumen y partiendo de esta evolución normativa, podemos llegar a la conclusión de que sólo serán admitidas las diferencias retributivas basadas en criterios objetivos, y que la carga de la prueba de dicha objetividad corresponde al empresario, ya que se invierte dicha carga³⁸³. Hasta aquí una doctrina digna de exaltación pero que, llevada a la práctica, se traduce en la necesidad

miembros, sean incorporados como anexos al presente Tratado serán parte integrante del mismo”. Y la segunda cuestión, ya particular de este Protocolo, es que vincularía la jurisprudencia del Tribunal Europeo a partir del año 1992. Dicha vinculación se reduce a los efectos de la sentencia Barber: garantizar la igualdad de trato para cada elemento de la retribución y no sólo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores.

³⁸² Parlamento Europeo. Dirección general de estudios. Documento de trabajo. Los derechos de la mujer y el Tratado de Amsterdam. Serie derechos de la mujer. FEMM 104 ES. 5.1998, pág. 10. www.pe.es. 13 de agosto de 2004.

³⁸³ Sobre éste y otros aspectos puede consultarse la abundante actividad judicial del Tribunal europeo: STJCE de 7 de febrero de 1991, HELGA NIMZ contra FREIE UND HANSESTADT HAMBURG, asunto C-184/89; STJCE de 4 de junio de 1992, ARBEITERWOHLFAHRT DER STADT BERLIN E. V (AWSB) contra M.BÖTEL, asunto C-360/90; STJCE de 22 de diciembre de 1993, D.NEATH contra HUGH STEEPER LTD, asunto C-152/91; STJCE de 27 de octubre de 1993, DR. P.M. ENDERBY/FRENCHAY HEALTH AUTHORITY, SECRETARY OF STATE FOR HEALTH, asunto C- 127/92; STJCE de 28 de septiembre de 1994, COLOROIT PENSION TRUSTEES LTD, C. JAMES RICHARD RUSSELL, asunto C-200/91; STJCE de 28 de septiembre de 1994, C.C.E SMITH Y OTROS C/AVDEL SYSTEMS LTD, asunto C-408/92; STJCE de 28 de septiembre de 1994, M.N.G. VAN DEN AKKER Y OTROS C. STICHTING SHELL PENSIOEN FONDS, asunto C- 28/93; STJCE de 28 de septiembre de 1994, BESTUUT VAN HET ALGEMEEN BURGERLIJK PENSIOENFONDS C.G.A BEUNE, asunto C-7/93; STJCE de 28 de septiembre de 1994, A.D. VROEGE C. NCIV INSTITUUT VOOOR VOLKSHUISVESTING BV Y STICHTING PENSIOENFONDS NCIV, asunto C-57/93; STJCE de 31 de mayo de 1995, SPECIAL ARBEJ DER FORBUNDET: DANMARK/DANSK INDUSTRI, asunto C- 400/93; STJCE de 7 de marzo de 1996, a FREERS Y H. SPECKHAO/DEUTSCHE BUNDESPOST, asunto C-278/93; STJCE de 10 de julio de 1997, BONIFACI, asuntos 94/95 y 95/95; STJCE de 2 de octubre de 1997, GESTER, asunto C-1/95; STJCE de 11 de noviembre de 1997, MARSCHALL, asunto C-409/95; STJCE de 11 de diciembre, MAGORRIAN, asunto C-246/96; STJCE de 17 de febrero de 1998, GRANT, asunto C-249/96; STJCE de 17 de junio de 1998, HILL, asunto C-243/95; STJCE de 22 de octubre de 1998, WOLFS, asunto C-154/96; STJCE de 27 de octubre de 1998, BOYLE, asunto C-411/96; STJCE de 19 de noviembre de 1998, HOJ PEDERSEN, asunto C-66/96; STJCE de 1 de diciembre de 1998, LEVEZ, asunto C-326/96; STJCE de 9 de febrero de 1999, SEYMOUR-SMITH Y PEREZ, asunto C-167/97; STJCE de 11 de mayo de 1999, ANGESTELTENBETRIEBSRAT DER WIENERGEBIETSKRANKENKASSE, asunto C-309/97; STJCE de 9 de septiembre de 1999, KRÜGER, asunto C-281/97; STJCE de 14 de septiembre de 1999, GRUBER, asunto C-249/97; STJCE de 16 de septiembre de 1999, ABDOULAYE Y OTROS, asunto C-218/98; STJCE de 21 de octubre de 1999, LEWEN, asunto C-333/97; STJCE de 28 de octubre de 1999, COMISION/GRECIA, asunto C-187/98; STJCE de 10 de febrero de 2000, DEUTSCHE TELEKOM, asuntos C-50/96, 234/96, 235/96; STJCE de 10 de febrero de 2000, DEUTSCHE POST, asuntos C-270/97 y 271/97; STJCE de 28 de marzo de 2000, BADECK Y OTROS, asunto C-158/97; STJCE de 30 de marzo de 2000, JÄMSTÄLLDHETSSOMBUDSMANNEN, asunto C-236/98; STJCE de 6 de abril de 2000, JORGENSEN, asunto C-226/98; STJCE de 16 de mayo de 2000, PRESTON E.A Y FLETCHER Y OTROS, asunto C-78/98; STJCE de 25 de mayo de 2000, PODESTA, asunto C-50/99; STJCE de 6 de julio de 2000, ABRAHAMSSON Y ANDERSON, asunto C-407/98; STJCE de 13 de julio de 2000, DEFREYN, asunto C-166/99; STJCE de 26 de junio de 2001, BRUNNHOFER, asunto C-381/99; STJCE de 9 de octubre de 2001, PESIONSKASSE FÜR DIE ANGESTELLTEN, asunto C-379/99; STJCE de 29 de noviembre de 2001, GRIESMAR, asunto C-366/99; STJCE de 13 de diciembre de 2001, MOUFLIN, asunto C-206/00; STJCE de 19 de marzo de 2002, LOMMERS, asunto C-476/99; STJCE de 12 de septiembre de 2002, NIEMI, asunto C-351/00; STJCE de 17 de septiembre de 2002, LAWRENCE Y OTROS, asunto C-320/00; STJCE de 12 de diciembre de 2002, RODRIGUEZ CABALLERO, asunto C-442/00. Parte de esta jurisprudencia ha sido comentada por ÁLVAREZ DURANTE M.L. y HEVIA RUIZ J. *Igualdad de trato entre mujeres y hombres en la jurisprudencia europea*. Consejería de la Presidencia de la Comunidad de Madrid. 1993.

de aportar, por parte de la persona o grupo de personas que denuncian la diferencia retributiva, indicios suficientes que obliguen al empresario a justificar su decisión de retribuir de forma desigual a los afectados. Es evidente que esta aportación, en muchas ocasiones, resulta del todo difícil teniendo en cuenta que las retribuciones reales no tienen por que ser conocidas por el conjunto de trabajadores de la empresa.

Sólo será viable esta medida para aquellas diferencias retributivas que resulten públicas y notorias, ya sean por estar previstas en convenios colectivos o por la colaboración de los propios beneficiarios de la diferencia retributiva. A esto se suma la paradoja de que, en muchas ocasiones, serán los propios negociadores de esos convenios, en los cuales se recogen las discriminaciones salariales, los que defiendan los intereses de los trabajadores y trabajadoras en un procedimiento judicial sobre desigualdad retributiva³⁸⁴.

Hasta aquí habríamos realizado el examen de los principales aspectos de la regulación legal y también jurisprudencial que sobre esta materia existe en el Derecho comunitario³⁸⁵. De lo que se trata a continuación es de examinar si esta regulación, hoy día, tiene suficientes garantías de eficacia como para que resulte real la protección de la igualdad salarial entre mujeres y hombres.

La primera reflexión que se nos ocurre hacer en este sentido se refiere a la eficacia real de la aplicabilidad directa en los Estados miembros de la normativa que hemos examinado, tanto el artículo 119 TUE como la Directiva 75/117, en el sentido de que el trabajador que sea víctima de una discriminación salarial acuda a los Tribunales para buscar la garantía de su derecho. La respuesta a esta reflexión que en principio es positiva, se dificulta por el hecho de que resulta complicado, en muchas ocasiones, aportar pruebas de que esta

³⁸⁴ En este sentido puede recordarse como ha señalado algún autor refiriéndose a España que "[...] en nuestro Ordenamiento no existen órganos específicamente dedicados a procurar la igualdad en el trabajo, de ahí que sean los órganos de representación genérica de los trabajadores-a nivel de centro de trabajo y empresa- o las organizaciones sindicales los que en principio sean llamados a asumir esta tarea a través de los medios que les ofrecen las leyes procesales laborales" FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. "La aplicación de la Directiva 75/117..." en CRUZ VILLALÓN, J. (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. op.cit.*, pág. 176. Esta misma autora señala que esa paradoja a la que se hace referencia "dificulta enormemente la corrección judicial de la discriminación, en primer lugar, por la potencial desidia de los órganos citados para accionar en justicia contra sus propios actos; en segundo lugar, porque es difícil justificar que esté legitimado para impugnar un acuerdo, precisamente, el propio órgano que lo ha suscrito, sin que se pongan en marcha las restricciones jurisprudenciales basadas en la buena fe en la negociación, tan conocidas entre nosotros, con el resultado de vaciar de contenido la acción ejercitada". *Ibidem.*, pág. 176. Asimismo, sobre estas dificultades puede consultarse AZKARATE- ASKASUA ALBENIZ, A.C. *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Colección Tesis Doctorales, IVAP, Bilbao, 1997, pág. 67.

³⁸⁵ Además del artículo 119 TUE y de la Directiva del año 1975, existen otras referencias en dicho Tratado referidas a la igualdad de retribución. Concretamente en el artículo 137.6 se produce una confusión, al menos terminológica, ya que dicho precepto excluye del ámbito competencial de la Unión europea la remuneración de los trabajadores, y sin embargo, el artículo 141 garantiza la "igualdad de remuneración" entre hombres y mujeres. La conclusión a la que se llega es que la remuneración puede llegar a ser un aspecto en el cual la Unión pueda intervenir siempre y cuando se produzca una situación de desigualdad retributiva, de manera que se pongan en marcha los mecanismos de protección de este derecho que ya hemos estudiado. Sobre esta materia podemos destacar el trabajo realizado por el Gabinete Técnico Confederado de CC.OO, concretamente MARTÍN URRIZA, C. y ZARAPUZ PUERTAS, L. sobre el "Empleo y la discriminación salarial: un análisis desde la perspectiva de género". Madrid, 2000, págs. 1-100. ORTIZ LALLANA, M.C. "Protección social comunitaria de la maternidad. Política social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres". *Actualidad Laboral* ref. 194 bis, 1991, pág. 15 y ss.

situación discriminatoria se está produciendo y, como hemos comentado anteriormente, el demandante debe aportar indicios de que la discriminación se ha producido, lo que resta positividad y eficacia a la reflexión anterior³⁸⁶.

Además de esto no podemos perder de vista la fecha en la que se dicta la Sentencia Barber que declara la necesidad de analizar la objetividad de cada elemento retributivo, en el año 1990. Es decir, es una sentencia muy reciente si la comparamos con la fecha en la que esta materia comenzó a regularse de forma genérica en el Tratado de la antigua Comunidad Económica Europea (1951) y de forma más específica en la Directiva del año 1975. Por lo que es posible pensar que su doctrina todavía no está asumida por todos los sujetos que intervienen en las relaciones laborales.

Esto último se comprende mejor si reconocemos que, hoy por hoy, las discriminaciones retributivas no aparecen de forma directa, sino de manera indirecta en las normas reguladoras de las relaciones laborales, ya sean éstas convenios, acuerdos colectivos o contratos de trabajo.

Por lo tanto, podemos pensar que dichas discriminaciones serán más difíciles de detectar si no analizamos aspecto salarial por aspecto salarial, permitiendo así que los efectos de la Sentencia Barber se puedan producir, y todo esto requiere que en las mesas de negociación de los convenios o acuerdos se sea especialmente escrupuloso a la hora de diseñar la estructura salarial aplicable en las empresas del sector al cual va destinado esa norma, lo que en escasas ocasiones se realiza. Este especial cuidado que debe tenerse en la negociación de las condiciones salariales se acentúa en aquellas actividades o sectores donde la presencia femenina es mayor, de ahí que insistamos en la sensibilidad que la erradicación de estas discriminaciones reclama.

³⁸⁶ Gracias al juego de la inversión de la carga de la prueba que se aplica en materia de igualdad sólo son necesarios los indicios de la discriminación. La Directiva 97/80 viene a establecer este régimen. Además, esta Directiva contiene otras previsiones que son dignas de mención. En primer lugar, su artículo 3 delimita el ámbito funcional de aplicación en el sentido de especificar qué situaciones están protegidas por esta norma: “[...] a) las situaciones cubiertas por el artículo 119 del Tratado CE y las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, y en la medida en que exista discriminación por razón de sexo, las Directivas 92/85/CEE y 93/34/CE. b) cualquier procedimiento civil o administrativo relativo a los sectores público o privado que prevea un recurso con arreglo al Derecho nacional en aplicación de las disposiciones contempladas en la letra a), con excepción de los procedimientos extrajudiciales de carácter voluntario o previstos en el Derecho nacional. 2.- la presente Directiva no se aplicará a los procedimientos penales, salvo que los Estados miembros así lo dispusieren”. En cuanto a los procedimientos extrajudiciales, el considerando 12 aclara que esta expresión se refiere exclusivamente a la mediación y conciliación. Parece, por tanto, que debemos entender que desde el punto de vista del Derecho Comunitario, no se aplica la inversión de la carga de la prueba en estos procedimientos. En segundo lugar, esos indicios deben traducirse en “hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta” (artículo 4); es decir, indicios debidamente fundamentados y justificados de la conducta discriminatoria. Si bien esta previsión encuentra su sentido en la necesidad de proteger valores como la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva, etc., también es cierto que constituye un obstáculo para la defensa del cualquier bien jurídico. Por tanto, la inversión de la carga de la prueba no opera automáticamente. Y en tercer lugar, el considerando 16 de la Directiva prevé la posibilidad de que “los Estados miembros se abstengan de aplicar estas normas sobre la carga de la prueba en aquellos procedimientos en los cuales sea el Tribunal u órgano competente quien deba instruir los hechos en cuestión; de manera que la parte demandante queda dispensada de probar los hechos cuya instrucción incumba al tribunal o al órgano competente”. En resumen, en aquellos procedimientos en los cuales corresponde al órgano judicial la obligación de incoar los elementos para poder enjuiciar, se libera al demandante de parte de sus obligaciones, ya que se entiende que dicho órgano judicial dispone de los medios para ello. En el ámbito del derecho laboral y salvo que existan responsabilidades penales la iniciación del proceso es a instancia de parte, lo que conlleva la necesidad de aporte de indicios por parte del demandante.

7.2.2. Igualdad en el resto de condiciones laborales

En cuanto a la igualdad de trato en el resto de condiciones laborales, la principal norma que la regula es la Directiva 76/207 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, así como a las condiciones de trabajo³⁸⁷. Esta norma ha sido modificada en el año 2002 por la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002³⁸⁸.

En cuanto al contenido de estas Directivas podemos señalar que, una vez garantizada la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, quedaban cuestiones laborales pendientes de protección, lo que se intenta solucionar con esta última norma del año 1976³⁸⁹, en la cual debemos destacar varios aspectos:

- Reconoce la aplicación del principio de igualdad de trato en los momentos previos a la constitución de la relación laboral, durante ésta y asimismo, en el momento de su extinción.
- Define el concepto de igualdad de trato como toda ausencia de discriminación, sin perjuicio de la posibilidad de establecer las llamadas "discriminaciones positivas" o medidas de acción positiva a favor de las mujeres.
- Sienta las bases para la posterior aprobación progresiva de normas que garanticen este principio en materia de Seguridad Social.
- Obliga a los Estados miembros, por una parte, a difundir en el seno de las empresas dicho principio, y por otra parte, a modificar (suprimir o ampliar) sus ordenamientos internos con el fin de que se le garantice a los trabajadores dicho principio.
- Y por último, esta Directiva fija un plazo de transposición diferente según se trate de la obligación de los Estados de eliminar las disposiciones de todo tipo que sean contrarias al principio de igualdad por razón de sexo (para el que concede 30 meses), o se trate de revisar disposiciones de todo tipo que, inspiradas en un deseo de proteger a alguno de los géneros, ya no tengan razón de ser (para el que se llega a conceder cuatro años)³⁹⁰.

³⁸⁷ DOCE L nº 39 de 14 de febrero de 1976.

³⁸⁸ DOCE L nº 269 de 5 de octubre de 2002. La propuesta de modificación puede consultarse en el documento COM (2000) 334-C5-0369/2000-2000/0142 (COD) DOCE C nº 47 de 21 de febrero de 2002. Además puede consultarse LOUSADA AROCHENA, J.F. "El principio de transversalidad en el ámbito de las relaciones laborales: un comentario de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002". en *Relaciones Laborales*, nº 2, 2003, págs. 389 y ss. TORRENTE GARI, S. "¿Hay un Derecho Comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo? La directiva 2002/73 de 23 de septiembre". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 47, 2003, págs 185-209. De esta misma autora puede citarse "La normativa comunitaria y la igualdad de sexos: las responsabilidades familiares". *Tribuna Social*, nº 80/81, 1997, págs. 47- 62.

³⁸⁹ Aprobada en virtud del anterior artículo 235.

³⁹⁰ El artículo 9 de la Directiva se remite a la letra c) de los artículos 3.2 y 5.2 que se refieren a esa obligación de revisión respecto de las condiciones de acceso y las propias condiciones de trabajo, "cuando el deseo de protección que las

Si analizamos el contenido de esta norma del año 1976 desde la perspectiva del coste que para el empresario supone contratar a mujeres, resulta que, por ejemplo, despedir a una mujer debe resultar igual de costoso que despedir a un hombre. También señala esta norma que, a efectos de Seguridad Social, otras normas vendrán a completar el régimen jurídico existente y garantizarán la igualdad entre hombres y mujeres, de manera que, también a efectos de Seguridad Social, el coste será el mismo para el empresario, lo que justificaría un tratamiento igualitario del hombre y la mujer.

Pero realmente esto no es así. Para ello hemos considerado conveniente ampliar la referencia a las cuestiones de Seguridad Social y analizar la normativa comunitaria básica que regula este aspecto, concretamente las Directivas 79/7³⁹¹ y 86/378³⁹². La segunda es complementaria de la primera³⁹³ y a su vez, ha sido modificada por la Directiva 96/97³⁹⁴ que adapta la anterior a la doctrina jurisprudencial creada por el Tribunal de Justicia Europeo en numerosos pronunciamientos. De ellas interesa apuntar lo siguiente³⁹⁵:

- Existe una conexión entre estas Directivas y las que protegen la salud de la mujer trabajadora³⁹⁶. Esto se comprueba porque en el listado,

*inspiró en un principio no tenga ya razón de ser [...]". Sobre esta Directiva puede consultarse, entre otros, MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G. "La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo". *Actualidad Laboral*, 2000/3,1 pág. 677 y ss. Varios aspectos se destacan en este artículo doctrinal: amplitud del ámbito de actuación de esta Directiva, es decir, condiciones de acceso al empleo, formación y promoción profesionales; extensión del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres más allá de los aspectos económicos; papel secundario de las cuestiones de Seguridad Social que progresivamente, por la vía legislativa pero sobretudo jurisprudencial, se irían ampliando, etc. También sobre esta Directiva, puede consultarse DURÁN LÓPEZ, F. "La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976", en AA.VV. *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1990, págs. 393-430. LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C. *op. cit.*, págs. 11-15. QUESADA SEGURA, R. "Igualdad de trato conforme al Derecho Comunitario" en *Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo*. Libro coordinado por GARCÍA MURCIA, J. Universidad de Oviedo, Gobierno del Principado de Asturias, 2004, pág. 16-29. VALDIVIA CEVALLOS, M.E. "Interpretación de la Directiva 76/207/CEE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo". *Revista Española de Derecho de Trabajo*, nº 103, Madrid, 2001, págs. 143-147. RUANO RODRÍGUEZ, L. "Indemnización por comportamientos de discriminación laboral (contenido posible de una más eficaz tutela antidiscriminatoria)". *Revista de Derecho Social*, nº 30, abril-junio 2005, págs.97-128.*

³⁹¹ DOCE L nº 6 dde 10 de enero de 1979. Un estudio sobre esta Directiva puede encontrarse en SOHRAB, J. "Legislación europea sobre igualdad en materia de Seguridad Social". En el libro ROSSILLI, M. (coordinación) *Políticas de Género en la Unión Europea. op. cit.*, págs. 139 y ss. Y LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C. *op.cit.*, págs. 15-16. En relación con el papel desempeñado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión, estas autoras señalan que "el principio de igualdad de trato aparece a veces desvirtuado en la jurisprudencia, al señalar que no se entiende que es contrario al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social que, cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de jubilación entre trabajadores y trabajadoras, el estado interesado puede calcular de modo distinto la cuantía de la pensión según el género del trabajador". Esta afirmación se realiza a raíz de la Sentencia TJCE de 30 de abril de 1998, asuntos acumulados C-377/1996 y C- 384/1996, VRIENDT Y OTROS contra RIJKDIENST VOOR PENSIONEN Y OTROS.

³⁹² DOCE L nº 225 de 12 de agosto de 1986.

³⁹³ Es aprobada en virtud del artículo 3.3 de la Directiva de 1979, y tiene como objetivo aplicar el principio de igualdad de trato en los regímenes de Seguridad Social no regulados por la Directiva 79/7 (artículo 2.1). Resultan de especial interés las exclusiones del artículo 2.2

³⁹⁴ DOCE L nº 46 de 17 de febrero de 1997.

³⁹⁵ Destacar que también han sido aprobadas al amparo de los antiguos artículos 100 y 235.

³⁹⁶ El considerando tercero de la Directiva señala que "[...]la aplicación del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por causa de maternidad y

entendemos no taxativo, sobre los riesgos que resultan protegidos, no se incluye ni la maternidad ni por supuesto el actual riesgo por embarazo, ello porque la maternidad se protege desde el punto de vista de la salud laboral, como veremos en el capítulo siguiente.

- Se diferencia claramente entre el ámbito propio del Derecho del Trabajo y el ámbito del Derecho de la Seguridad Social, ya que en éste último la aplicación del principio de igualdad por razón de sexo será progresiva, mientras que en el primero parece que se garantiza en todo el elenco de condiciones de trabajo desde un primer momento³⁹⁷.
- El ámbito de aplicación personal es más amplio que el previsto en las directivas propiamente laborales³⁹⁸, ya que, de acuerdo con el artículo 2 de la Directiva 79/7, ésta se aplicará a todos los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, a los trabajadores que se encuentren temporalmente inactivos, a las personas que busquen empleo y a los trabajadores inválidos.
- Por último y como manifestación del principio de subsidiariedad que caracteriza la labor de la Unión Europea en relación con aquellas materias que son competencia compartida entre los Estados miembros y la Unión, el artículo 7 de la Directiva del año 1979 reserva a los Estados una serie de facultades, entre las que destacan: "a) la fijación

que, dentro de este ámbito, los Estados miembros podrán adoptar disposiciones específicas a favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades del hecho". Asimismo, puede consultarse el artículo 4.2 de esta misma Directiva.

³⁹⁷ Como señala SOHRAB, J. "[la directiva del año 1986] contenía numerosas excepciones, tales como permitir desigualdades de trato en las prestaciones a sobrevivientes y a la hora de determinar las edades de jubilación, así como permitir el uso continuado de elementos de cálculo actuarial diferentes para fijar las cotizaciones de los hombres y de las mujeres hasta 1999". *op. cit.*, pág. 140. Debido a la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo se reforma esta Directiva en el año 1996, a modo de ejemplo, puede citarse la Sentencia del caso Barber. En la Directiva 96/97, aunque se mejora en el tratamiento del principio de igualdad de trato por razón de sexo, "tres importantes áreas quedan exentas del ámbito del principio de igualdad: la determinación de las edades de jubilación (que se sigue dejando a la discreción de los gobiernos nacionales); las prestaciones a sobrevivientes; y se repite la exención de distintos factores actuariales hasta 1999. [...] El único proyecto de cierta importancia en este sector lo hizo la Comisión Europea en 1987, con la intención de completar el proceso de aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social. En pocas palabras, este proyecto de directiva extendía el principio de igualdad de trato a las prestaciones a sobrevivientes y a las prestaciones familiares, y disponía la equiparación de las edades de jubilación. Llevó cierto tiempo establecer el principio de que las prestaciones de Seguridad Social tenían que ser individuales [...]. Hasta la fecha no han ocurrido novedades en relación con esta directiva, y se sobreentiende que los miembros de la Comisión Europea opinan que la idea de individualización necesita ser revisada, y que otros proyectos al respecto se deben proponer de una manera distinta". Se trata del Proyecto de Directiva del Consejo sobre la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales y legales de Seguridad Social. COM (87) 494 final. págs. 140 y 141.

³⁹⁸ Aunque algunos autores consideran que se refiere "sólo a la población trabajadora" lo que resulta demasiado restrictivo. En cualquier caso, resulta evidente el avance producido respecto a otras materias propiamente laborales. SOHRAB, J. *op. cit.*, págs. 142 y 143. Esta misma autora realiza un estudio del resultado de la aplicación de la Directiva del año 1986 en tres países europeos que se caracterizaban por la discriminación de la mujer en el ámbito de la Seguridad Social. Estos países son Irlanda, Holanda y Bélgica. Como destaca la autora, "en Irlanda, las mujeres casadas eran clasificadas automáticamente como dependientes si vivían con sus esposos. Recibían menores prestaciones contributivas, por períodos más cortos y no tenían derecho a la ayuda por desempleo y recursos mínimos. En Holanda, las mujeres casadas no tenían derecho a solicitar prestaciones por desempleo, por incapacidad laboral y la pensión de vejez. En Bélgica, la discriminación contra las mujeres casadas era menos evidente, pero en la práctica el derecho a los niveles más generosos de las prestaciones de Seguridad Social se concedían a los trabajadores con un cónyuge del sexo opuesto sin ingresos procedentes de empleo o de otras fuentes". pág. 142.

de la edad de jubilación para la concesión de pensiones de vejez y jubilación [...]; b) ventajas en materia de seguro de vejez para las personas que han educado hijos o han interrumpido su vida laboral para el cuidado de éstos [...]; c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa; d) aumentos en las prestaciones de invalidez, vejez, accidente laboral o enfermedad profesional por la esposa a cargo [...].”

Si se observa el contenido de este precepto que recoge la posibilidad de que los Estados establezcan regulaciones especiales, todavía en el año 1979 se consideraba a la mujer como carga económica para el hombre, pero no al contrario (letra d), y ello a pesar de la neutralidad con que se expresa el legislador en la letra b) de esta misma norma cuando se refiere a las personas que han interrumpido su actividad laboral por el cuidado de hijos.

Podríamos plantearnos hasta qué punto se prevé en esta norma una discriminación positiva justificada por razones objetivas. La respuesta la encontramos en el modelo de familia existente en esos momentos, en el cual la mujer se dedicaba principalmente al cuidado de la familia y el hombre al trabajo fuera del hogar. En esta situación, el Estado podría compensar a las personas, principalmente mujeres, que se hubieran ocupado del cuidado de los hijos, y además podría aumentar la prestación reconocida al varón por tener una esposa a su cargo, pero no al contrario ya que las mujeres eran las que principalmente dejaban el trabajo fuera de casa, o en todo caso no lo habían desempeñado nunca, suponiendo por ello una carga para el esposo. Este tipo de declaraciones ya no existen en los ordenamientos jurídicos nacionales, o al menos no se conoce su existencia de forma directa en la norma legal o convencional.

Por tanto y tras la lectura de estas normas sobre Seguridad Social, resulta que la mujer será igual de costosa que los hombres, aunque esto se intente conseguir progresivamente. Por todo ello, podemos seguir afirmando que el elemento de diferencia en el coste de emplear a hombres y mujeres no procede ni de la Seguridad Social ni tampoco, como hemos visto anteriormente, debe proceder de la retribución, ya que, en teoría, deben percibir lo mismo³⁹⁹.

La pregunta es, por tanto, si en el resto de condiciones laborales podemos encontrar elementos de diferencia, desde el punto de vista del coste que soporta el empresario, para intentar encontrar alguna justificación que nos explique el diferente volumen de empleo que existe de hombres y mujeres. Para responder a esta pregunta vamos a continuar con el examen de la norma de 1976.

³⁹⁹ El estudio de esta materia puede ampliarse en TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M. “El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378”, en *Actualidad Laboral*, XLIX, 2000, págs. 1-25. ORDÓÑEZ SOLÍS, D. “Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa”, en *Actualidad Laboral*, XLI, 2001, págs. 1- 17. NOGUEIRA GUSTAVINO, M., LÓPEZ CUMBRE, L. y MORÓN PRIETO, R. “El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias en materia de Seguridad Social”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº12, 1998, págs. 133- 180. TORRENTE GARI, S. *La Mujer y la Protección Social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs. 23-40.

Continuando con el examen de la Directiva 76/207 y muy especialmente con su reforma llevada a cabo en el año 2002⁴⁰⁰, debemos destacar que entre las principales novedades de la Directiva del año 2002⁴⁰¹, se encuentra el concepto de “discriminación directa e indirecta”⁴⁰², conceptos recogidos en otras normas comunitarias, especialmente por la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo y del ordenamiento jurídico norteamericano⁴⁰³.

⁴⁰⁰ En el Informe que la Comisión Europea realizó sobre la Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, referido al año 2001, se propuso una modificación de esta Directiva para que se adaptara a la realidad cambiante de las empresas y de los propios trabajadores. El 18 de abril de 2002, el Consejo y el Parlamento europeos llegaron a un acuerdo político sobre la reforma de esta Directiva, la cual fue finalmente aprobada mediante la Directiva 2002/73/CE. Como antecedente debe consultarse la Propuesta presentada por la Comisión Europea para la modificación de esta Directiva, y en particular el documento en el cual se recogen las enmiendas propuestas por el Parlamento Europeo. COM (2001) 321 final. El documento originario puede consultarse en COM (2000) 334 final.

⁴⁰¹ Además la presente Directiva define lo que debe entenderse por acoso y por acoso sexual. Entendiendo por el primero “la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Como se observa, se trata de un concepto que a pesar de estar relacionado con el sexo de la persona, es lo suficientemente amplio como para incluir prácticas vejatorias o degradantes del ser humano que no llegan a constituir acoso sexual. En cuanto a este último, se entiende que es “la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico, no deseado y de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo”. Entre otros puede consultarse ALTES TARREGA, J.A. *El acoso sexual en el trabajo*. Tirant lo blanch, Valencia, 2002. Como señala PÉREZ DEL RÍO, T. “A partir de 1986, año en el que se reconoció relevancia comunitaria al tema, han sido adoptadas la Resolución del Consejo CEE de 29-5-1990, la Declaración del Consejo CEE de 19-12-1991, siendo la norma más conocida, completa y útil hasta el momento, a pesar de carecer de efecto jurídico vinculante, la Recomendación del Consejo CEE de noviembre de 1991 relativa a la protección de la dignidad de hombres y mujeres en el trabajo y el Código de Conducta que lo acompaña”. “La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las Directivas 2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE, modificación de la D/76/207/CEE” *op. cit.*, pág. 99. TORRETE GARIS, “¿Hay un derecho comunitario sobre la igualdad y no discriminación por razón de sexo?. La directiva 2002/73 de 23 de septiembre”. *op. cit.*, pág. 205. REVILLA ESTEVE, E. “Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres”. *Justicia Laboral*, nº 14, 2003, págs. 35-59.

⁴⁰² “Discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo. Discriminación indirecta: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de 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.”. Sobre este aspecto, señala PÉREZ DEL RÍO, T. que “a primera vista existen algunas diferencias entre ambas definiciones normativas (la anterior recogida en la Directiva 97/80 sobre la carga de la prueba que señalaba “ [...] existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro, afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que esa disposición, criterio o práctica, resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo”, que afectan a los dos elementos que caracterizan la discriminación indirecta: a) la amplitud del colectivo de personas de un determinado sexo afectadas perjudicialmente por la medida enjuiciada; b) la justificación de la medida, criterio o norma que produce tal efecto”. El primer aspecto plantea problemas en cuanto al método de comparación de las estadísticas que se utilizan para calcular la proporción de personas afectadas, labor que va a recaer en el juez nacional, el segundo aspecto, la justificación de la medida, supone que cada Estado miembro “en su calidad de autor de la norma presuntamente discriminatoria tenga que demostrar la legitimidad y objetividad de la medida en cuestión”. “La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las Directivas 2000/43/CEE, D/2000/78/CEE y D/2002/73/CEE, modificación de la D/76/207/CEE”. *op. cit.*, pág. 96-99. También puede consultarse BALLESTER PASTOR, A. “La propuesta de reforma de la Directiva 76/207: Evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”. *Temas Laborales*, nº 59, 2001, págs. 221-242.

⁴⁰³ Aunque lo cierto es que respecto de toda esta materia el problema continua siendo la capacidad probatoria del afectado/a por la dificultad de aportar pruebas, de ahí que se admita como prueba válida de esta discriminación las “pruebas estadísticas”, y al igual que ocurriera con otras materias (por ejemplo, salud laboral), se aliente a los empresarios para que establezcan planes anuales de igualdad, es decir, “un planteamiento planificado y sistemático de la igualdad en el lugar de trabajo”. En cuanto al cumplimiento de esta materia en los diferentes Estados miembros como se ha puesto de manifiesto en el Informe presentado por la Comisión sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión europea en el año 2002, “[...] aunque los Estados miembros tienen de plazo hasta 2005 para modificar sus normativas nacionales de modo que cumplan la citada Directiva (2002/73/CE), la mayoría de ellos ya se han anticipado a esta obligación y han emprendido acciones a nivel nacional para combatir el acoso sexual. La Ley belga sobre

Estos conceptos van a permitir que no se incorporen diferencias de costes a la hora de contratar a mujeres y hombres, concretamente bajo la apariencia de objetividad e igualdad que suponen algunos complementos salariales pagados por rendimientos que no se definen claramente, de manera que cuando una actuación del empresario conlleve resultados perjudiciales para hombres o mujeres, y éstos no se justifiquen objetivamente por ninguna razón, los costes tendrán que igualarse.

Esto es lo que ocurre por ejemplo, con el coste que el disfrute de un permiso de maternidad le supone al empresario, no en términos de retribución de este período que suele estar a cargo del presupuesto público, aunque existan excepciones en algunos casos como veremos en la última política que estudiaremos, sino en costes organizativos de la empresa, en el sentido de que la baja maternal de la mujer puede obligar al empresario a contratar a alguien, además de tener que organizar la empresa de otra forma si el trabajo de esa mujer es imprescindible. En este caso, el diferente tratamiento de este aspecto para mujeres y hombres se justifica por razones biológicas y, por tanto, los costes no se pueden igualar ya que los hombres no se pueden encontrar en dicha situación. Encontramos pues un elemento de diferencia en la protección de mujeres y hombres, justificado entendemos.

Sin embargo, no ocurre lo mismo con los que llamaremos en este trabajo permisos parentales, reconocidos en el Derecho comunitario al margen de los permisos de maternidad y que, como analizaremos en la última política, se deben conceder a hombres y mujeres, lo que supondrá que, en este caso, los costes de su disfrute, tanto económicos como organizativos, deberán igualarse entre hombres y mujeres. Ya adelantamos que esto no es lo que ocurre en la práctica de todos los Estados miembros. Son las mujeres las que más disfrutan también de los permisos parentales, por lo que *de facto* resultan más costosas que los hombres, aunque no existan motivos objetivos para ello.

En relación con este aspecto que estamos comentando, la Directiva del año 2002 propone tratar más en profundidad el tema de los permisos de maternidad y paternidad, así como las garantías para la protección de los trabajadores en los supuestos en los cuales se materialice la contingencia discriminatoria, incluso después de concluida la relación laboral, incluyendo no sólo a la víctima sino también a los compañeros que apoyen de cualquier manera a dicha víctima⁴⁰⁴.

el acoso en el trabajo fue adoptada en junio de 2002. La legislación francesa sobre el acoso fue modificada a fin de ampliar la definición para que incluya el acoso psicológico, así como el círculo de personas que pueden recibir protección. Los interlocutores sociales finlandeses han combinado sus esfuerzos para elaborar y publicar las primeras directrices comunes para combatir el acoso sexual en el lugar de trabajo. Por último, en Irlanda se han emitido tres códigos de prácticas conforme a tres actos legislativos diferentes, que reflejan el gran número de denuncias relativas al acoso psicológico en el lugar de trabajo". Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión europea en el año 2002. COM (2003) 98 final de 5 de marzo de 2003. pág. 17.

⁴⁰⁴ Este aspecto ha sido incorporado por la influencia del Tribunal de Justicia en la materia, asunto C-185/97 COOTE. Considerando 9 de la Propuesta de Directiva.

Por tanto, lo que intenta la directiva es que no existan repercusiones negativas para el trabajador, ya sea hombre o mujer, que disfruta de alguno de estos permisos y ello, porque la reacción del empresario ante dicho disfrute puede ser o bien cambiar de puesto de trabajo al trabajador a uno de inferior categoría y remuneración, bien el despido del trabajador, bien la falta de promoción, etc.

Si tenemos en cuenta que la mujer resulta más cara que el hombre porque de forma obligatoria disfruta del permiso de maternidad y de forma fáctica del resto de licencias, resulta también lógico que pueda verse más afectada por esas posibles reacciones del empresario. La solución sería la igualación de costes económicos y organizativos que al empresario le supone contratar a hombres y mujeres, y esto sólo se hará si el hombre también de forma obligatoria disfruta de un permiso motivado por el nacimiento de un hijo.

La propia Directiva del año 2002, en el considerando séptimo, declara que *“los derechos relativos a la conciliación de la vida familiar y de la profesional no deben ser considerados como excepciones al principio de la igualdad de trato para mujeres y hombres, sino como condiciones y medios para alcanzar una verdadera igualdad de trato y de oportunidades”*⁴⁰⁵.

Por tanto, la Directiva declara que, también en esta materia, la igualdad entre hombres y mujeres debe estar presente de forma notoria, para garantizar la igualdad de oportunidades entre ambos y, mientras que el hombre no tenga derechos de conciliación de la vida familiar y laboral en la misma medida que las mujeres, ni se conseguirá compatibilizar ambas parcelas (familiar y laboral), ni

⁴⁰⁵ Las concretas modificaciones introducidas en esta Directiva son las siguientes. En el artículo 1º se distingue entre igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres, mientras que en el actual texto se habla sólo de igualdad de trato, además se añade que esto será *“independientemente de la naturaleza jurídica de la relación en la que la persona está empleada u ocupada”*. El apartado 2 del artículo 1 actual, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad por razón de sexo, se suprime *“porque ya no resulta pertinente teniendo en cuenta las medidas ya adoptadas por la Comunidad en el ámbito de la Seguridad Social”* (considerando 23 de la propuesta). En el artículo 1º, se incorpora un nuevo apartado (1 bis) para resaltar la obligación de los Estados miembros de fomentar la igualdad de trato y eliminar las desigualdades. También se introduce un artículo 1 bis, en el cual se proporcionan los conceptos de discriminación directa, indirecta, y acoso. A estas definiciones añade el nuevo artículo 1 ter que el acoso o acoso sexual, tal como se define en el artículo 1 bis, se considerará discriminación por razón de sexo y, por tanto, se prohibirá. Además, se añade un artículo 1 quater que prohíbe incitar, ordenar o presionar para que se actúe de manera discriminatoria. El artículo 2.1 de la actual Directiva sobre el concepto de discriminación indirecta se suprime. En cuanto a las medidas de acción positiva se permiten siempre que el objetivo sea legítimo y proporcionado. El artículo 3 se modifica para ampliar su apartado 1 y aclarar lo que supone el principio de igualdad de trato por razón de sexo, en la letra b) del apartado 2 ya no se permiten modificar sino sólo anular las disposiciones contrarias a este principio, y se añade una letra d) que señala que *“se declararán nulas cualesquiera disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato para hombres y mujeres en lo relativo a la inscripción y participación en una organización sindical o empresarial, o en cualquier otra organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, así como en lo relativo a las prestaciones otorgadas por las mismas”*. La letra b) del artículo 4 se modifica para señalar como obligación de los Estados miembros el tomar las medidas necesarias para *“anular o modificar”* las cláusulas discriminatorias. El artículo 6 se modifica para recordar que la protección también se produce incluso *“después de concluida la relación laboral”*, y se añade un segundo apartado para garantizar que la reparación *“sea real y eficaz, proporcionada y disuasoria”*. El nuevo artículo 7 extiende la protección no sólo a las víctimas sino también a los testigos, ya sean trabajadores o delegados sindicales ante cualquier reacción por hacer valer sus derechos. Se introducen tres nuevos artículos: 8 bis, 8 ter, 8 quater. El primero para la creación, por parte de los Estados miembros, de un organismo independiente para la aplicación del principio de igualdad de trato para hombres y mujeres y que tendrá competencias en todas aquellas materias tratadas por las Directivas 75/117, 79/7,86/378, 96/97, 92/85, 96/34, 97/75, 97/80 y 98/52. El segundo de estos nuevos artículos pretende fomentar el diálogo social. Y el tercero sobre el sistema de sanciones efectivas que deben adoptar los Estados miembros para los supuestos de incumplimiento de las disposiciones nacionales establecidas para dar cumplimiento a la presente Directiva.

por supuesto se contribuirá a la igualdad de oportunidades y de costes, ya que las mujeres, como hemos dicho anteriormente, resultan más caras. Estos aspectos se desarrollarán más ampliamente en el último capítulo de esta investigación cuando estudiemos la Política de Conciliación de la vida familiar y laboral.

Por lo que podemos concluir, en relación con estas normas, que la garantía que supone a corto plazo la igualdad entre hombres y mujeres en todas las condiciones laborales y de Seguridad Social, no resulta real en la práctica, o al menos, no resulta efectiva, puesto que el funcionamiento de los mercados y de la vida de las personas que intervienen en él, demuestra que no existe reparto igualitario de responsabilidades familiares y profesionales, que no existe en definitiva, equilibrio entre las cuatro parcelas que hemos expuesto en este trabajo de investigación, ya que la parcela privada de los hombres no es tratada por la norma comunitaria en profundidad. Ésta se limita a apuntar cómo deberían ser las cosas y esto, además, sólo se hace en las normas aprobadas en los últimos años, existiendo todo un entramado normativo aprobado desde el año 1975 que no contempla al hombre en la misma dimensión que lo hace con la mujer.

Esto último supone que la transposición que han realizado los Estados miembros es en muchos casos incompleta e insuficiente, ya que han tomado como base el Derecho Comunitario. Las medidas hasta ahora aprobadas se han centrado en la parcela pública de las mujeres como veremos en el epígrafe siguiente, principalmente en forma de medidas de fomento del empleo femenino, y han olvidado la parcela privada del colectivo que en la actualidad demanda protección en este ámbito, nos referimos a los varones.

Una situación parecida a la anterior es la que se ha producido con el trabajo a tiempo parcial, que como fórmula flexible de trabajo se ha presentado como una de las soluciones posibles al problema de la conciliación de la vida familiar y laboral de hombres y mujeres, aunque las estadísticas demuestran que son éstas últimas las principales titulares de los contratos a tiempo parcial como venimos apuntando⁴⁰⁶. La principal norma en esta materia es la Directiva 97/81 de 15 de diciembre de 1997, su estudio podría hacerse -como ya hemos indicado- en la última política que estudiaremos donde el trabajo a tiempo parcial aparece de forma particular⁴⁰⁷, pero sin embargo hemos optado por analizarla en este momento, ya que también aquí se aplica la garantía de la igualdad de costes entre trabajadores a tiempo parcial y trabajadores a tiempo completo, aunque aplicando, cuando sea necesario, la regla de *pro rata temporis*.

⁴⁰⁶ Son muy numerosos los estudios que así lo ponen de manifiesto, a modo de ejemplo puede destacarse CÓMEZ, S., PONS, C., y MARTÍ, C. "El trabajo a tiempo parcial: evolución y resultados". Documento de investigación nº 476, octubre 2002, IESE, Universidad de Navarra. wwwapp.iese.edu/research/res_detail.asp?ident=. En este documento "se examinan las principales causas que explican el crecimiento del trabajo a tiempo parcial en Europa, entre las que se encuentran: la incorporación de la mujer al mercado de trabajo -más de un tercio de las empleadas europeas trabajan a tiempo parcial-, el aumento de la flexibilidad en las formas de organización del trabajo en la industria, y el crecimiento del sector servicios -que representa el 75% del total de los trabajadores a tiempo parcial en los países de la OCDE". pág. 1. Asimismo se destaca la importancia que esta forma de trabajo tiene en los países del norte de Europa, frente a los del sur, lo que se explica por "la menor tasa de actividad femenina en estos países, una legislación quizá menos favorable y la diferencia configuración de sus economías [...]" pág 3.

⁴⁰⁷ Para ampliar esta información véase MERINO SENOVILLA, H. *Trabajo a tiempo parcial: un tratamiento diferente del tiempo de trabajo*. Editorial Lex Nova, 1994.

La aprobación de la Directiva 97/81/CE respondió a una necesidad presente en la mayoría de los Estados miembros, nos referimos a la necesidad de flexibilizar los mercados de trabajo con el fin de aumentar las tasas de actividad, ya que reduciendo el tiempo de trabajo se podía repartir el bien escaso que supone poder desempeñar una actividad retribuida por cuenta ajena, además se contribuía a la conciliación de la vida familiar y laboral⁴⁰⁸. Se trata de una directiva que al igual que la directiva sobre la salud y seguridad de los trabajadores temporales, estudiada en la política siguiente, respondía a las llamadas formas atípicas de trabajo, aprobada además para contribuir a los objetivos de la estrategia europea a favor del empleo y a la igualdad de oportunidades de las mujeres y los hombres⁴⁰⁹.

El Acuerdo Marco que se incluye como contenido de la directiva regula las cuestiones mínimas de esta forma de trabajo y deja a los Estados miembros el establecimiento del resto de aspectos que puedan resultar interesantes sobre la materia. Así proporciona los conceptos de trabajador a tiempo parcial⁴¹⁰, de trabajador a tiempo completo comparable⁴¹¹ y por lo que respecta a las condiciones de empleo señala expresamente que *“no podrá tratarse a los trabajadores a tiempo parcial de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas”*⁴¹².

Este trabajo a tiempo parcial se presenta además bajo el prisma de la voluntariedad del trabajador para acceder a él, nunca en términos de obligación, de manera que sólo el trabajador que quiera debe acceder a esta forma de trabajo⁴¹³. La realidad muestra una imagen muy distinta de esta forma de trabajo, ya que

⁴⁰⁸ Véase FERRADANS CARAMES, C. *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Aranzadi, Pamplona, 2006.

⁴⁰⁹ Así se pone de manifiesto en el Acuerdo Marco que recoge esta directiva. Además puede consultarse SENISE BARRIO, M.E. *El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo*. Tecnos, Madrid, 2001, págs. 1 y ss.

⁴¹⁰ Lo define como aquel *“trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como de un período de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable”*. Cláusula tercera del Acuerdo Marco que recoge la Directiva.

⁴¹¹ Lo define como aquel *“trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico a similar teniendo en cuenta otras consideraciones tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias.”*. Cláusula tercera del Acuerdo Marco que recoge la Directiva.

⁴¹² Cláusula cuarta del Acuerdo Marco que recoge la Directiva 97/81/CE. En este sentido pueden destacarse dos recursos interpuestos por la Comisión europea (22 de diciembre de 2003 y 7 de mayo de 2004, respectivamente, asuntos C-538/03 y C-204/04) contra la República Federal de Alemania, por no permitirse en este Estado a los empleados a tiempo parcial del sector público, participar en las elecciones a la representación de personal si su contrato es inferior a 18 horas semanales. La Comisión europea considera que no existen razones objetivas que justifiquen esta restricción, cuando además en el sector privado no se aplica en las elecciones a Comité de empresa.

⁴¹³ Sobre este aspecto puede destacarse la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 12 de octubre de 2004, asunto C-313/02, Nicole Wippel y Peek & Cloppenburg GMBH & Co KG. En este supuesto que versa sobre una reclamación por falta de determinación en el contrato a tiempo parcial de la duración y distribución de la jornada, el Tribunal considera que aunque en los contratos a jornada completa se determinen estos aspectos, el hecho de que no se haga en un contrato a tiempo parcial no se opone al Derecho Comunitario y, por tanto, se puede determinar en función de la carga de trabajo existente en la empresa y caso por caso, de manera que serán los trabajadores a tiempo parcial los que deban decidir si aceptan o rechazan cada trabajo que se les proponga.

en la mayoría de los casos responde a una posibilidad del mercado de trabajo y no a una opción del trabajador⁴¹⁴.

Desde el punto de vista del coste, por tanto, también aquí debe aplicarse el principio de igualdad entre hombres y mujeres, de manera que éstas serán igual de costosas que los hombres que accedan a esta forma de trabajo⁴¹⁵. Sin embargo, como pusimos de manifiesto al estudiar en las páginas previas la garantía de igualdad de salarios, la propia Comisión Europea ha considerado que esta forma de trabajo constituye una fuente de desigualdades retributivas entre mujeres y hombres, y esto es importante ya que son ellas las que en su mayoría acuden a esta forma de contrato (80% de los contratos a tiempo parcial los firman las mujeres)⁴¹⁶. Además suelen ser trabajos temporales, aunque legalmente se ofrezca la posibilidad de que sean empleos estables⁴¹⁷, y como han señalado algunos autores *“desde el punto de vista del empleador, la formación de un empleado a tiempo parcial dura lo mismo que la de uno a tiempo completo, pero la recuperación de la inversión es menor”*⁴¹⁸.

En resumen, como han señalado algunos autores *“no discriminación, voluntariedad y organización flexible del tiempo de trabajo se presentan, de esta manera, como principios intrínsecos de la regulación comunitaria del trabajo a tiempo parcial”*⁴¹⁹.

Nos encontramos por tanto, ante una situación que si bien en la teoría permite la igualdad de costes entre mujeres y hombres, en la práctica se traduce, por un mayor uso del trabajo a tiempo parcial para estas mujeres, en una dudosa inversión para el empresario, creando por tanto, para ellas diferencias de trato en las condiciones de trabajo y de forma particular en las retribuciones. Esta conclusión es la que nos lleva a afirmar que el trabajo a tiempo parcial no es la panacea para solucionar los problemas de atención a las responsabilidades

⁴¹⁴ Véase GÓMEZ, S. Informe sobre el trabajo a tiempo parcial en Europa. *Capital Humano*, nº 155, 2002., págs. 77-85. GÓNZALEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I. *El contrato a tiempo parcial*. Aranzadi, Pamplona, 1998.

⁴¹⁵ GÓMEZ, S., PONS, C., y MARTÍ, C. tratan de forma particular el tema de la retribución de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo, y señalan que la media de retribución por hora es inferior en los primeros, respecto a esto señalan que *“una de las razones de esta diferencia retributiva obedece a las distintas ocupaciones que se asocian a las diferentes jornadas laborales. En general, los trabajadores a tiempo parcial suelen estar concentrados en grupos de ocupación de bajo nivel de renta, como servicios, ventas, trabajos de oficina o trabajos elementales”*. *op. cit.*, pág. 11.

⁴¹⁶ Para ampliar el estudio de esta norma véase DEL REY GUANTER, S. y VALVERDE ASENCIO, A. “La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenidos”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 18, 1999, págs. 15 y ss. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, nº15-16, 1998, págs. 43 y ss. GONZÁLEZ MUÑOZ, M. “La no discriminación por razón de sexo en la remuneración del trabajo a tiempo parcial: evolución normativa comunitaria y jurisprudencial del TJCE”. *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie B, septiembre de 1991. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. “El trabajo a tiempo parcial, entre normalización e incentivación”, *Relaciones Laborales*, nº 15-16, 1998, págs. 1 y ss. BENAVENTE TORRES, M^a. I. *El trabajo a tiempo parcial*. CES de Andalucía, Sevilla, 2005.

⁴¹⁷ GÓMEZ, S., PONS, C., y MARTÍ, C. *op. cit.*, pág. 11.

⁴¹⁸ GÓMEZ, S., PONS, C., y MARTÍ, C. *Ibidem.*, pág. 11

⁴¹⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F.J. *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág.16.

familiares y profesionales que los hombres y las mujeres tienen, especialmente porque la voluntariedad no existe siempre y porque es una fórmula que sólo se utiliza principalmente para las mujeres.

A continuación comenzaremos con el análisis de otra de las soluciones que se están aplicando en los Estados miembros para solucionar el problema planteado en este trabajo. Nos referimos a las ayudas económicas que se conceden a los empresarios para que incrementen la tasa de actividad femenina.

7.3. Medidas económicas de fomento del empleo femenino como garantía a largo plazo para la igualación de costes

Para estudiar esta materia debemos aclarar previamente que ha sido en el marco de la Política de Empleo que a través de las directrices se diseña cada tres años, donde se han incluido las mayoría de las medidas económicas de fomento del empleo femenino, de ahí que nos interese estudiarla. Para entender esta forma de actuación vamos a explicar resumidamente en qué consiste la Política de Empleo comunitaria, en cuanto estrategia de intervención en los Estados miembros, para posteriormente analizar la tipología de medidas que se suelen incluir en estas Políticas a nivel nacional, haciendo especial referencia a las subvenciones y bonificaciones a la Seguridad Social.

7.3.1. Instrumento para su incorporación en los ordenamientos nacionales

En primer lugar, podemos subrayar que en el seno de esta política comunitaria encontramos medidas destinadas directamente al incremento del empleo femenino como tal y otras que, sin tener este carácter, sin embargo, sí redundan en beneficio de éste, por ese carácter instrumental de la Política de Empleo que la convierte en una herramienta idónea para influir en las políticas nacionales⁴²⁰. En el primer caso encontramos las ayudas económicas que se conceden a los empresarios por contratar a mujeres, y en el segundo caso la financiación europea que llega a los Estados para formación profesional, para sensibilización e información de los agentes sociales, para la elaboración de estudios, etc.

Esta influencia que se ejerce en las políticas nacionales se debe, como veremos a continuación, a la estructura que la Estrategia Europea para el Empleo

⁴²⁰ Debemos resaltar que la importancia de una Política en materia de empleo surgió en el ámbito internacional en fechas más tempranas. Así podemos recordar el Convenio OIT 122 ya citado, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuyo artículo 11 destacaba ya en esas fechas el compromiso asumido por los Estados de aprobar medidas encaminadas a garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres en la "esfera del empleo". A esto añade el artículo 18 de esta Convención, el deber de estos Estados de acuerdo con esta Convención. En definitiva, este último precepto recuerda la llamada Estrategia Europea para el Empleo aunque ésta aparece más perfilada en el ámbito comunitario.

tiene, a los ciclos de las medidas que la integran y que se renuevan cada tres años, o al menos se actualizan⁴²¹.

Sin embargo, debemos señalar que el carácter instrumental que hoy tiene la Política de Empleo también conlleva un riesgo; y es que al servir de instrumento de canalización en los Estados miembros de múltiples tipos de medidas, algunas relativas a la salud laboral, otras a los costes económicos que para la empresa supone contratar a trabajadores, otras relativas a la formación de estos trabajadores, etc., su estudio puede desviarnos del objeto de nuestra investigación, de ahí que hayamos optado por analizar sólo las ayudas económicas que conceden los Estados miembros a las empresas para aumentar el volumen de empleo femenino.

Sin perjuicio de que pueda resultar interesante su examen, en este trabajo no vamos a descender a las concretas cuantías que los Estados conceden a los empresarios –esto excede de nuestro trabajo–, pero sí queremos analizar la conveniencia de la ayuda económica como tal para estimular el empleo femenino, en el sentido de ser una herramienta adecuada para este fin. Es decir, queremos analizar si las cantidades que los Estados gastan o en todo caso dejan de ingresar por fomentar el empleo de las mujeres a través de reducciones de costes de Seguridad Social, o de subvenciones al empleo femenino, son los instrumentos idóneos para incrementar los niveles de empleo femenino, o si por el contrario, el empresario no tiene en cuenta esta circunstancia al contratar y debemos por tanto cambiar de herramienta.

Como ha declarado la propia Comisión Europea *“la estrategia europea de empleo ha ayudado a que la igualdad de género esté incluida en la planificación de las políticas y ha ofrecido una herramienta para hacer frente a las diferencias de género existentes en los mercados de trabajo”*. *“[...] Dentro de la política de empleo se ha prestado una mayor atención a la conciliación de la vida laboral y familiar, y se ha mejorado la organización de los permisos parentales. Algunos Estados miembros están aplicando políticas para animar a los padres a acogerse a los permisos parentales, por ejemplo, concediendo el derecho a permisos a tiempo parcial o divididos, o bien un derecho específico al permiso parental. Hasta el momento, tales esfuerzos han resultado bastante infructuosos, pues persiste la división tradicional de los cuidados y el trabajo retribuido entre las mujeres y los hombres”*⁴²².

Según estas declaraciones de la Comisión europea, la Política de Empleo comunitaria se ha convertido en un instrumento ágil para facilitar la consecución de la Igualdad de Género y la conciliación de la vida familiar y laboral,

⁴²¹ Sobre esta materia puede consultarse GÓMEZ PUERTO, A. “Estrategia de la Unión Europea para el empleo”. *Actualidad Administrativa*, nº 35, 2000, pág. 1037 y ss. MARTÍN NAVARRO, J.L. “Mercado de trabajo y políticas de empleo en la Europa de fin de siglo”. *Temas Laborales*, nº 59, 2001, pág. 269 y ss.

⁴²² Informe de 2004 sobre la igualdad entre mujeres y hombres. COM (2004) 115 final. de 19 de febrero de 2004. pág. 4 y 6 respectivamente.

aunque los resultados todavía no sean muy esperanzadores⁴²³. Y esto se ha conseguido a través de medidas que inciden en el tiempo de trabajo, como veremos en la última política, principalmente en lo que se refiere expresamente a la conciliación de la vida familiar y laboral; así como a través de medidas de incremento de la tasa de empleo femenino. Son estas últimas las que vamos a examinar en este capítulo.

Para entender el tratamiento actual de estas medidas de fomento del empleo femenino desde el punto de vista económico, debemos remontarnos a sus orígenes, y así señalar que, con la reforma de Maastricht llevada a cabo en 1992, se aprueba un documento de gran importancia en materia de Política Social y, dentro de ella, de igualdad de trato. Se trata del Acuerdo de Política Social.

Precisamente nos interesa este Acuerdo⁴²⁴, porque su artículo 2.3 nos muestra, al menos *a priori*, una curiosidad y es la exigencia de unanimidad en el seno del Consejo de Ministros⁴²⁵ para aquellas intervenciones legislativas que tengan por objeto incidir en las materias relacionadas con "*las contribuciones financieras dirigidas al fomento del empleo y a la creación de empleo*". Sin embargo, sólo se exige mayoría cualificada cuando la intervención se produzca para "*la mejora del entorno de trabajo, de las condiciones de trabajo, la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres o la integración de personas excluidas, etc [...]*".⁴²⁶

La paradoja existe desde el momento en el cual se produce un efecto frenado cuando tratamos las cuestiones financieras de apoyo económico a esta política o a las medidas en las que se traduzca, y sin embargo, sólo se exigirá mayoría cualificada cuando la medida se destine a la protección, por ejemplo, de la salud laboral o la igualdad de oportunidades. Parece como si todas estas cuestiones no estuvieran relacionadas de forma estrecha, cuando realmente sí lo están.

⁴²³ Pero no debe confundirse las medidas de políticas para activar el empleo femenino con la política de conciliación de la vida familiar y laboral, son actuaciones distintas pero complementarias. No debemos caer en el error de considerar que aprobando medidas para aumentar el empleo femenino estamos conciliación vida familiar y laboral. Así lo han puesto de manifiesto también LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y VALIÑO CASTRO, A. *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea. Valoración de Políticas Públicas*. CES, Colección de Estudios, Madrid, 2004, págs. 201. REGUERO CELADA, J. "La igualdad de trato desde la Estrategia Europea de Empleo (Una perspectiva globalizada)". en MARTÍNEZ GALLEGU, E. y REGUERO CELADA, J. (Coordinadores). *Mujer y Empleo: Una estrategia para la igualdad*. Editorial Comares, Granada, 2004, págs. 43 y ss. ORTIZ LALLANA, M.C. "La Unión Europea y las políticas activas de empleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 17, 1999, pág. 23 y ss.

⁴²⁴ En este Acuerdo encontramos los antecedentes del actual texto del Tratado de la Unión Europea, ya que con la reforma operada en Amsterdam, parte del contenido de dicho Acuerdo se incorpora al texto del Tratado. Sobre toda esta materia puede consultarse entre otros autores LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C. *op. cit.*, pág. 5- 25. NAVARRO NIETO, J. *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2000.

⁴²⁵ Como sabemos de acuerdo con el procedimiento normativo común, las normas comunitarias se aprueban por el Consejo de Ministros, previa participación de la Comisión Europea, del Parlamento Europeo y de otras instituciones según el tema a tratar.

⁴²⁶ Actual artículo 137 del Tratado de la Unión Europea, versión Niza. 2000.

Tras la reforma de Maastricht se aprobó en el año 1997 el Tratado de Amsterdam, el cual supuso la constitucionalización del empleo en particular⁴²⁷ y de la Política social en general. Aunque ya existían previsiones de Política social en el Tratado, con Amsterdam se incorporan al texto de este Tratado algunos de los preceptos del Acuerdo de Política Social (actual Título XI sobre Política Social, Educación, Formación Profesional y Juventud) y, además, se crea un título específico para el empleo (Título VIII)⁴²⁸.

En este Título, lo que se viene a diseñar es una forma ordenada de elaborar las políticas nacionales de empleo, que consiste básicamente en que el Consejo de Ministros europeo aprueba las “orientaciones generales” sobre la base de una recomendación de la Comisión y, una vez sometidas a la consideración del Consejo europeo de turno, son remitidas a los diferentes Estados miembros para que éstos elaboren sus Políticas económicas y de empleo, las cuales, a su vez, serán controladas desde las instancias comunitarias⁴²⁹.

Tal es la importancia actual del empleo que no sólo se ha creado un Título en el TUE que establezca las pautas a seguir para su consecución, sino que aparece diseminado a lo largo de todo el texto del Tratado⁴³⁰. Lo mismo ocurre

⁴²⁷ En relación con esta reforma se considera que el “Consejo debería intentar que las disposiciones pertinentes de este Título sean inmediatamente aplicables. Y se pone de relieve la vital importancia del vínculo existente entre la creación de empleo, la capacidad de encontrar trabajo y la cohesión social”. Conclusiones del Consejo Europeo de Amsterdam. <http://europa.eu.int/council/off/conclu/index.htm>.

⁴²⁸ Las connotaciones sociales que presenta el Tratado de Amsterdam han sido analizadas en numerosos estudios, entre otros citar BARNARD, M. “The United Kingdom, the Social Chapter and the Amsterdam Treaty”, *Industrial Law Journal*, septiembre 1997, pág.275 y ss. BETTEN, “The Amsterdam Treaty: some general comments on the New Social Dimension”, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, otoño 1997, pág.188. BLANPAIN, “The Treaty of Amsterdam (1997) and beyond: the end of the European Social Model?”, Luxemburgo, 1997; GALIANA MORENO, J. M^a. “Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n^o88, 1998, pág.189 y ss. Cfr. GOETSCHY & POCHET, “The Treaty of Amsterdam: a new approach to employment and social affairs?”. *Transfer*. n^o3, 1997, pág 607 ss. GÓMEZ MUÑOZ, J.M, “Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Amsterdam y la Cumbre de Luxemburgo (Un análisis de la nueva Política Social Comunitaria en la Europa de la Moneda Única)”, *Relaciones Laborales*, n^o7, 1998, pág. 66 y ss. ILLESCAS ORTIZ, R. “Una Unión al servicio del ciudadano”, en OREJA AGUIRRE (coord.), “El Tratado de la Unión Europea. Análisis y comentarios”. Madrid. 1988, pág.201 y ss. NOGUEIRA GUSTAVINO, M. “Crónica Internacional y Comunitaria. Los aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. n^o7. 1998, pág.185 y ss. RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M. “Los aspectos sociales del Tratado de Amsterdam”, en *Euro y Empleo*. CES, Madrid, 1998, págs. 57- 99. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CASTELLANO BURGUILLO, E. “La Política de Empleo en la Unión Europea”. *Revista Trabajo*, n^o 11, junio 2001, págs. 11 y ss.

⁴²⁹ A pesar de la aparente simplicidad y eficacia de la Estrategia Europea para el Empleo se ha propuesto la reforma de la misma, en concreto en la Comunicación de la Comisión relativa a la racionalización de los ciclos anuales de coordinación de la política económica y de la política de empleo. COM (2002) 487 final de 3 de septiembre de 2002. En este documento se señala como la Comisión pretende contribuir a esa reforma siguiendo el llamado “método abierto de coordinación” que “ayuda a los Estados miembros a desarrollar progresivamente sus propias políticas, contribuye a la difusión de las mejores prácticas y estimula la convergencia en torno a los principales objetivos de la UE”. En resumen, se pretende incidir más en la puesta en práctica y en la evaluación de estas políticas comunitarias, y para ello se propone que las directrices que ahora se aprueban anualmente se realicen a más largo plazo (tres años), sin perjuicio de que en caso de ser necesario cada año se atienda a las posibles novedades. También se propone que el número de informes que deben remitir los Estados miembros a las instituciones europeas se reduzca, a cambio de que sean más completos y detallados. Con dicha información la Comisión realizaría las propuestas para los próximos años. En definitiva, se trata de modificar todo el calendario de actuaciones tanto de las instituciones europeas como de los Estados miembros, por ello se destaca en este documento que “las próximas directrices de la Comisión y el Consejo, tanto económicas como para el empleo, deberían estar elaboradas para el mes de junio de 2003, tras el Consejo Europeo de la Primavera, con el fin de que los Estados miembros pusieran en práctica esta nueva forma de trabajo en el otoño de ese mismo año (a principios de octubre)”.

⁴³⁰ Así puede destacarse, una vez más, el artículo 2 del TUE que fija entre sus objetivos la realización de “un alto nivel de empleo y de protección social”, además de la consecución del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres. Nos encontramos nuevamente empleo e igualdad de trato como objetivos prioritarios de la Unión Europea. A esto

con la idea de transversalidad e igualdad de género que aparecen impregnadas en este Tratado, exigiéndose así la coordinación en la elaboración de todas las Políticas comunitarias y también, por tanto, en materia de empleo⁴³¹. Se trata de una manifestación más de la forma de actuar que desde la Unión Europea se está implantando. Cada norma que se apruebe debe ser transversal y se debe analizar su impacto en hombres y mujeres. Además se debe coordinar la labor de las instituciones comunitarias entre sí y de éstas con los Estados miembros⁴³². Si la transversalidad es la forma de intervenir y la Política de Empleo el mecanismo o instrumento para ello, vamos a analizar cómo se articulan estas ayudas para incrementar la tasa de empleo de las mujeres.

7.3.2. Influencia de las Directrices y Recomendaciones de empleo en la creación de empleo femenino

Si la conclusión anterior la aplicamos a la materia que ahora estamos examinando supone que, a la hora de diseñar las ayudas económicas al empleo femenino, debemos analizar el impacto que dicha actuación tiene en las mujeres pero también en los hombres. Es esto lo que vamos a intentar hacer en las páginas siguientes⁴³³.

se añade por el artículo 3 TUE, que para la consecución de estos objetivos la Comunidad concentrará su acción en *"el fomento de la coordinación entre las políticas en materia de empleo de los Estados miembros, con vistas a aumentar su eficacia mediante el desarrollo de una estrategia coordinada para el empleo"* (letra i) y *"En todas las actividades contempladas entre el hombre y la mujer, así como en promover la igualdad"* (3.2). Reconocimiento constitucional de la figura del mainstreaming. Entre las recientes normas comunitarias aprobadas que contemplan la perspectiva de género, destacar a modo de ejemplo, la Directiva 2003/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de julio de 2003, por la que se modifica la Directiva 68/151/CEE del Consejo en lo relativo a los requisitos de información con respecto a ciertos tipos de empresas. (DOCE L nº 221 de 4 de septiembre de 2003. Con esta norma se contempla el Reglamento (CE) nº 1435/2003 del Consejo de 22 de julio de 2003, relativo al Estatuto de la sociedad cooperativa europea (SCE). (DOCE L nº 207 de 18 de agosto de 2003.

⁴³¹ Así lo establece el artículo 5 TUE.

⁴³² Este mismo procedimiento se repite en el artículo 128 para la Política de empleo. Sobre el seguimiento de la Política de empleo. Además, debe ser destacado el Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema *"Mejora cualitativa de la política social y de empleo"*, (DOCE C nº 311 de 7 de noviembre de 2001). pág. 54. En este Dictamen se destacan varios aspectos. Como tema clave se destaca en el punto 3.1 *"la necesidad de conciliar lo mejor posible, cuando se trata de empleo, las exigencias de la vida profesional y las condiciones de vida personal y familiar; también se destaca como la armonización de las legislaciones nacionales a pesar de ser deseable no resulta eficaz ni posible; en cuanto a la no discriminación sexual se exige respeto e igualdad por las personas que optan por una forma de trabajo "flexible", y lo que es más importante se constata como es necesario tener en cuenta las aspiraciones y necesidades individuales que pueden llegar a ser diversas"* (punto 3.6). Y finalmente, en cuanto a las recomendaciones que se hacen, destaca el punto 4.4.5 que recuerda la necesidad de dar a los trabajadores la posibilidad de disfrutar de permisos de maternidad y paternidad.

⁴³³ En el Tratado por el que se crea una Constitución para Europa, y en la medida en que este nuevo texto legislativo no ha supuesto una ampliación o modificación sustancial de las competencias de las instituciones europeas, el capítulo relativo al empleo prácticamente no ha variado salvo para realizar alguna precisión conceptual como es el caso de la eliminación de la referencia a la mayoría cualificada en el artículo III.100.4 de esta Constitución europea, cuando se refiere a la aprobación por parte del Consejo de Ministros europeo de alguna recomendación concreta a los Estados miembros una vez analizada su situación de empleo. A esto se añade la precisión de que sólo mediante leyes o leyes marco europeas podrán aprobarse medidas de fomento de la cooperación entre los Estados miembros (artículo III.101 de la Constitución), en el texto actual del Tratado se hace referencia de forma genérica al procedimiento del artículo 251 que se refiere a *"cualquier disposición"*. Y por último, en el artículo III. 102 de la Constitución cuando se refiere al Comité de Empleo se dice expresamente que la decisión europea que adopte el Consejo de Ministros para su creación será por mayoría simple. Si se observa sólo se realizan precisiones en cuanto a las mayorías exigidas para la aprobación de las normas lo que se entiende tras el proceso de ampliación de los países que forman parte de la Unión europea actualmente, sin que esto suponga realizar ninguna variación sustancial del contenido del actual Título VIII del Tratado. Sobre

Para llevar a cabo este análisis vamos a partir del examen de las directrices de empleo aprobadas desde el año 1998, año de puesta en práctica de esta forma de intervención comunitaria. Esta información será completada con algunas de las ideas y conclusiones obtenidas por un grupo de expertos presididos por Wim Kok⁴³⁴, a los que la Comisión europea encargó en el año 2003 la elaboración de un estudio en el que se recogieran indicaciones específicas sobre cuáles eran las reformas necesarias que los Estados miembros debían poner en práctica para mejorar la situación del empleo existente en Europa⁴³⁵.

En cuanto a las directrices de empleo debemos señalar que las primeras directrices para el empleo se aprobaron por la Resolución del Consejo de 15 de diciembre de 1997. En este documento se parte de que los niveles de desempleo existentes en Europa en ese momento eran inaceptables y que por ello se hacía necesaria la coordinación de las políticas de empleo nacionales, para llegar a alcanzar unos objetivos comunes, compatibles todos ellos con los objetivos económicos que inspiran el funcionamiento de la Unión Europea. Partiendo de esta idea se fijan cuatro líneas de acción:

- la mejora de la capacidad de inserción profesional,
- el desarrollo del espíritu de empresa,
- el fomento de la capacidad de adaptación de los trabajadores y de las empresas a las necesidades del mercado laboral,
- y el refuerzo de las políticas de igualdad de oportunidades.

En relación con esta última línea de acción basada en la igualdad de oportunidades y no exactamente en la Igualdad de Género, se señala que se debe hacer todo lo posible por incrementar la tasa de ocupación de las mujeres, así como su presencia en determinados sectores de actividad. En cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral debe partirse de que es una necesidad tanto de hombres como de mujeres, por eso debe prestarse especial atención a las políticas nacionales de interrupción de la actividad profesional, permiso parental y trabajo a tiempo parcial, además de incrementar los servicios de guardería y de asistencia a terceros.

esta materia puede consultarse VALDEOLIVAS GARCÍA, Y. "Igualdad por razón de sexo y Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, pág. 193 y ss. MONTOYA MEDINA, D. "Las políticas de empleo en la Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, pág. 383 y ss. QUESADA SEGURA, R (Coordinadora). *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*. Libro de las XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Monografías del CARL, Sevilla, 2004.

⁴³⁴ Antiguos Primeros Ministros de los Países Bajos que constituyen como se ha apuntado un ejemplo a seguir en muchos aspectos. Como dato curioso podemos señalar que en dicho grupo de expertos participó el profesor Federico Durán.

⁴³⁵ Un resumen de este informe se contiene en la Comunicación que la Comisión ha realizado al Consejo de Ministros europeos a comienzos del año 2004, para la elaboración de un Informe conjunto sobre el empleo en los años 2003 y 2004. COM (2004) 24 final de 21 de enero de 2004. Un comentario sobre dicho Informe Kok puede encontrarse en AA.VV. "Europa: objetivo empleo". *Revista de Empleo*, nº 10, octubre de 2005, Servicio Andaluz de Empleo, Consejería de Empleo, Junta de Andalucía. Sevilla, pág. 11 y ss. Además existe un segundo Informe Win Kok del año 2004, donde se insiste en todas estas cuestiones y otras como la sociedad del conocimiento, el medio ambiente sostenible, etc. Sobre el mismo puede consultarse SACRISTÁN ROMERO, F. *Nuevos horizontes en el desarrollo de la sociedad de la información como objetivo en la Unión Europea*. http://www3.usal.es/teoriaeducacion/rev_numero_07/n7_art_sacristan2.htm. de 9 de mayo de 2006. Asimismo el informe se encuentra en <http://redsirevista.cebs-es.org/index.aso?IdArt=161> 29 de abril de 2006.

Por tanto, se observa que ya en las primeras directrices de empleo aprobadas en la Unión europea, hombres y mujeres eran tenidos en cuenta en materia de conciliación de los tiempos de trabajo y atención a la familia, aunque esta cuestión se desarrollara de forma más sucinta que otras materias.

Mediante la Resolución del Consejo de 22 de febrero de 1999, se aprobaron las Directrices para el empleo de ese año. En este caso, se recuerda que las líneas de acción de la Unión europea siguen siendo esas cuatro que hemos destacado más arriba, y respecto a la igualdad se destaca la menor tasa de actividad de las mujeres, así como su escasa promoción profesional, por lo que se recomienda trabajar sobre la fiscalidad y las prestaciones sociales que reciben las mujeres, en definitiva, sobre los costes de contratar a este colectivo. Además de la igualdad salarial, la conciliación de la vida familiar y profesional vuelve a ser tratada desde la perspectiva de los permisos y el trabajo a tiempo parcial, como fórmulas para poder afrontarla.

En el año 2000, fue la Decisión del Consejo de 13 de marzo, la que aprobó las directrices para las políticas de empleo de ese año. En este documento se señala que *“la experiencia de los dos últimos años revela que los cuatro pilares en que reposa la estructura actual de las directrices para el empleo ofrecen una base sólida de cara a un planteamiento integrado a medio plazo. Por ello la Comisión estima que las modificaciones de las directrices para el año 2000 deberían reducirse al mínimo.”*. Y así fue, ya que prácticamente se reprodujeron las recomendaciones citadas más arriba. Lo mismo ocurrió con la Decisión del Consejo de 19 de enero de 2001, relativa a las directrices para las políticas de empleo para ese año.

En el año 2002 se dio un paso más y a través de la Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002, se insiste en todos los aspectos que hemos citado anteriormente, pero además se señala la necesidad de reforzar la política de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres mediante la incorporación transversal, en todas las políticas comunitarias y nacionales, de la idea de igualdad material entre ambos colectivos, más allá de los textos legislativos. Todo ello para poder conciliar realmente la vida familiar y laboral.

A partir de esta fecha se comienza a realizar recomendaciones más específicas, aunque sobre los mismos aspectos tratados hasta esa fecha. Así a través de la Decisión del Consejo de 22 de julio de 2003, relativa a las directrices para las políticas de empleo de ese año, se insiste en la transversalidad de la igualdad de género⁴³⁶ y, al mismo tiempo, se recuerda la necesaria igualdad salarial que debe existir entre mujeres y hombres, la necesidad de que se realicen campañas de sensibilización sobre esta materia y, de forma particular, en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral se señala que *“los Estados miembros deberían suprimir las faltas de incentivos para la participación de la mujer en el empleo y, de aquí a 2010, tratar de facilitar servicios de cuidado de*

⁴³⁶ De forma expresa se utiliza este concepto en este documento

niños para al menos el 90% de los niños de entre tres años y la edad de escolarización obligatoria y para al menos el 33% de los niños menores de tres años de edad, habida cuenta de la demanda de estos servicios y de acuerdo con los marcos nacionales de prestaciones."

En la Decisión del Consejo de 4 de octubre de 2004, relativa a las directrices para las políticas de empleo de ese año, sólo se señala que se mantienen las directrices del año anterior. Por tanto, nos restaría por estudiar las aprobadas para el año 2005 que presentan la particularidad de recoger en un mismo documento las recomendaciones económicas y de empleo para éste y los próximos años.

La relación entre el empleo y la economía hoy día es más evidente desde el momento en el cual en un único documento se aprueban ambos tipos de Directrices y Recomendaciones. Nos referimos a las "Directrices Integradas para el Crecimiento y el Empleo (2005-2008)", que incluyen una Recomendación de la Comisión sobre las directrices económicas y una propuesta de Decisión del Consejo sobre las directrices para las políticas de empleo nacionales⁴³⁷.

En este documento se aclaran que son las primeras directrices "integradas" que se aprueban en el seno de las instituciones europeas. La razón de esta nueva forma de actuación es porque, a pesar de los esfuerzos y avances, debido a que Europa tiene un depósito de mano de obra no utilizada y a que la productividad de las empresas no ha crecido todo lo esperado, es necesario reforzar las estrategias y las medidas hasta ahora puestas en prácticas, reformando aquellas que no funcionan, todo ello conforme a políticas presupuestarias que sean coherentes⁴³⁸.

De cualquier forma y a pesar de esta fusión de las recomendaciones económicas y de empleo en un único documento, se pueden diferenciar claramente dos partes. En una se incluye toda la parte económica y en otra todos los aspectos relativos al empleo, aunque interrelacionando ambos bloques. Tanto es así que en el segundo bloque, el relativo a las directrices de empleo, se insiste en la necesidad de que las políticas de empleo nacionales interactúen positivamente con unas políticas macroeconómicas orientadas al crecimiento y al empleo, de ahí que deba relacionarse la parte primera y segunda de este documento.

Concretamente en la parte segunda de este documento se recogen las siguientes directrices de empleo:

- Aplicar políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial.
- Promover un enfoque del trabajo basado en el ciclo de la vida.

⁴³⁷ Documento COM (2005) 141 final de 12 de abril de 2005.

⁴³⁸ En esta nueva forma de actuación es la que se ha elegido dentro del proceso de renovación de la Estrategia de Lisboa, y se aprobarán igualmente cada tres años. Asimismo los Estados miembros deberán recoger en un solo documento los planes estratégicos económicos y sobre empleo. COM (2005) 141 final de 12 de abril de 2005. pág. 6. y 7.

- Garantizar mercados de trabajo inclusivos con los solicitantes de empleo y las personas desfavorecidas.
- Mejorar la adecuación a las necesidades del mercado de trabajo.
- Promover la flexibilidad combinada con la seguridad del empleo y reducir la segmentación del mercado de trabajo.
- Velar porque los salarios y otros costes laborales evolucionen de manera favorable al empleo.
- Ampliar y mejorar la inversión en capital humano.
- Adaptar los sistemas de educación y de formación en respuesta a las nuevas exigencias en materia de competencias.

A continuación, en este documento se desarrolla cada una de estas directrices y se fijan los porcentajes de empleo a los que debemos llegar antes del año 2008, diferenciando hombres y mujeres, se destaca la tan necesaria flexibilidad, tanto por el lado empresarial como por el lado de los trabajadores, unida a la estabilidad o seguridad en el empleo. La igualdad de hecho entre mujeres y hombres está presente en cada una de estas directrices antes mencionadas y así por ejemplo, cuando en la segunda se refiere al enfoque del trabajo basado en el ciclo de la vida, se insiste en la necesidad de eliminar las diferencias existentes entre las vidas de los hombres y las mujeres en la actualidad y respecto a aspectos como el desempleo o la remuneración.

Lo mismo ocurre cuando se desarrolla la citada flexibilidad que debe existir en los mercados de trabajo. En este caso se dice que la flexibilidad es necesaria para adaptarse a los cambios que se producen en la oferta y demanda de servicios, pero sin olvidar que debe atenderse a la calidad de los empleos, vinculando esa calidad a las preferencias personales de los trabajadores y a los cambios que afectan a la familia. Por tanto, se debe invertir más en capital humano en cuanto elemento esencial de la estructura de toda empresa.

La flexibilidad se presenta como una solución para muchos de los problemas que existen en el mercado de trabajo, el desempleo, la dificultad de conciliar vida profesional y personal, los ciclos de productividad de las empresas, etc. Todo ello combinando la flexibilidad temporal con la seguridad en los puestos de trabajo.

Esta propuesta supone, por una parte, que el empresario debe ser comprensivo con los trabajadores de su empresa y concenderles tiempo libre para que puedan atender sus responsabilidades familiares –en resumen para su atención personal–, y sin que esto les suponga grandes gravámenes económicos a estos trabajadores.

Por otro lado, y aunque este aspecto se destaque menos que el anterior, la flexibilidad también la deben aplicar los trabajadores respecto de los empresarios, en el sentido de que esa consideración que éste debe tenerles en

determinadas etapas de sus vidas, ellos la apliquen también en determinadas etapas de la vida de la empresa, o en determinadas situaciones empresariales que exijan una mayor atención por parte de los trabajadores, porque se produzcan en momentos de máxima productividad de ésta en el mercado, o en situaciones de crisis donde los esfuerzos del capital humano de la empresa deben ser mayores.

Esta recíproca flexibilidad que proponemos y que para muchos rozaría la utopía, existe en muchos de los mercados laborales que en la actualidad se ponen como ejemplo a seguir en materia de Igualdad de Género: es el caso de Noruega, Dinamarca y los países del Norte de Europa. En estos países los trabajadores gozan de una gran flexibilidad, sobre todo temporal y económica pero, al mismo tiempo, tienen una gran predisposición para adaptarse a los cambios que el funcionamiento de los mercados reclama. Por eso están en continua formación, son muy proactivos a la movilidad geográfica y a otras demandas de la empresa, y contribuyen al dinamismo de los mercados.

Lo usual es considerar que sólo el empresario debe ser flexible, pero la realidad demuestra que para evitar conflictos entre éstos y los trabajadores lo mejor es el diálogo y la comprensión mutua. Si bien esta idea de la flexibilidad recíproca tiene mucho sentido en nuestra opinión, no puede extenderse sin matices a todos los países europeos, ya que la ausencia de seguridad en el empleo de los trabajadores hace difícil la flexibilidad hacia el empresario en los términos que hemos expuesto anteriormente.

Por eso, en los últimos tiempos, la demanda de flexibilidad se ha sustituido por la llamada "flexiseguridad"⁴³⁹ que ya se está poniendo en práctica en algunos Estados miembros⁴⁴⁰. El mejor ejemplo de flexiseguridad lo encontramos en los países escandinavos –especialmente en Noruega– en los cuales existe una gran inversión pública y privada en la protección social de los trabajadores, de manera que éstos pueden abandonar temporalmente el mercado de trabajo para atender alguna cuestión personal, sin el miedo o incertidumbre de si su empleo continuará igual al regresar. El Estado, además, diseña continuas medidas de

⁴³⁹ Véase WILTHAGEN, T. & ROS, F. "The concept of flexisecurity: a new approach to regulating employment and labour market". *Transfer*, vol.10, nº 2. 2004.págs. 166 y ss. MADSEN, P.K. "The danish modelo de flexisecurity: experiences and lessons". *Transfer*, vol.10, nº 2. 2004. págs. 187 y ss. WILTHAGEN, T. & ROGOWSK, R. "Legal regulation of transitional labour markets", en SCHIMT, G & GAZIER, . (eds) *The dynamics of full employment: social integration through transitional labour markets*. Elgar, Cheltenham, 2002. págs. 233 y ss.

⁴⁴⁰ Véase entre otros documentos Propuesta de Decisión del Consejo: Directrices para las políticas de empleo de los Estados miembros. COM (2006) 32 final, de 25 de enero de 2006. BRAVO SUESKUN, C. "Igualdad y Conciliación: hacia un compromiso conjunto", Conferencia impartida en el I Congreso Internacional de Empleo celebrado en Pamplona durante los días 30 y 31 de marzo de 2006. www.navarra.es/CARMENBRAVOSUEKUN.pdf. También puede consultarse el Informe semestral sobre el Estado de la Unión Europea, enero-junio 2006 que puede encontrarse en www.infoeuropa.org/catala/publicacions/inf_semestral/2006a_es.pdf de 10 de mayo de 2006, el Memorando sindical elaborado por la Confederación Europea de Sindicatos y dirigido a la Presidencia Austriaca de la Unión Europea. www.ugt.es/inter-nacional/memoaustria.pdf de 10 de mayo de 2006, el Informe aprobado por el Grupo Socialista en el Parlamento europeo en enero de 2005 "Una Europa de la Excelencia. La estrategia de Lisboa: cómo pasar de declaraciones a resultados", www.socialistgroup.org/gpes/new.dopid=21768. de 9 de mayo de 2006. LOMORO, R. "Contrato de precariedad eterna y la teoría de la flexiseguridad" en www.realidadeconomica.com/papers.php de 3 de mayo de 2006. A nivel internacional puede consultarse el Informe sobre las repercusiones de la mundialización y de la reestructuración de comercio en la esfera de los recursos www.ilo.org/public/spanish/dialogue/sector/techmeet/tmc99/tmcr1-4.htm de 9 de mayo de 2006.

estímulo para la creación de empleo y de empresas. A todo esto contribuye que la población que demanda estos servicios sea reducida, porque los posibles beneficiarios de la protección son menos, cuantitativamente, que los que podrían existir en función de la población actual en otros Estados miembros.

Como contrapartida, el empleado se somete a una continua formación, incluso en los periodos de ausencia del mercado, y presenta una gran predisposición a los cambios que el empresario plantea. Esa continua formación le permite acceder a puestos de alta cualificación que, por lo general, son bien retribuidos y por ello su contribución al sistema de protección social también es alta.

Esta situación no existe, por ejemplo, en los países del sur de Europa, donde el régimen sería precisamente de "Infle-inseguridad", lo que significa que ni el trabajador goza de esa seguridad en el disfrute de ciertos derechos que le permiten ausentarse durante un tiempo del mercado de trabajo, ni tampoco el empresario puede contratar libremente mano de obra en función de las necesidades puntuales de la empresa, a fin de obtener una óptima adecuación del capital humano y las exigencias de ésta⁴⁴¹.

Por el contrario, el empresario está sometido a un régimen jurídico exhaustivo de contratación que le impone unos elevados costes en caso de querer prescindir de algún trabajador, lo que les frena a contratar más personal en determinadas épocas de bonanza económica de la empresa. En estos países las políticas de empleo que diseñan los gobiernos son muy repetitivas, se van reproduciendo de un año a otro porque el problema del desempleo no se soluciona, las tasas de desempleo son elevadas, especialmente en las mujeres, aunque siguen insistiendo en las mismas herramientas como vías de solución.

En un nivel intermedio estarían aquellos Estados que no han conseguido el equilibrio entre flexibilidad y seguridad y por tanto, predomina una de ellas sobre la otra. Estas situaciones se conocen como "Infle-seguridad" y "Flexi-inseguridad". La primera se produce cuando predomina la seguridad frente a la flexibilidad. Son países donde existen importantes garantías salariales y sociales para los trabajadores, pero la ausencia de flexibilidad desde el punto de vista empresarial les impide avanzar hacia el equilibrio perfecto entre ambos aspectos. Este es el caso de países como Alemania, Francia o Bélgica. Este aspecto debemos relacionarlo con los sistemas de permisos parentales que analizaremos en la última política de este trabajo.

Por último, estarían los Estados que se encuentran en la llamada "Flexi-inseguridad", como es el caso del Reino Unido, en el cual predomina la flexibilidad frente a la seguridad de los trabajadores, de manera que las garantías de tener un empleo estable y seguro son pocas, aunque en otros aspectos los mercados sean más dinámicos.

⁴⁴¹ Véase RAMOS DÍAZ, J. "Flexibilidad y nuevos retos laborales: ¿resignación o imaginación?. *Relaciones Laborales*, tomo I/2000. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "Reforma laboral y empleo: una perspectiva general". *Temas Laborales*, nº 61, 2001. págs. 21-47. Asimismo, Noticias Internacionales "España fomentará los contratos a tiempo parcial bajando los costos", en www.age-plataform.org/EN/IMG/coverAGE de 29 de abril de 2006.

Retomando el documento de las directrices del año 2005-2008, podemos decir que salvo estas nuevas formas de entender la flexibilidad, el contenido de las sugerencias y peticiones que nos llegan desde la Unión Europea no cambia tanto respecto del de las directrices y recomendaciones que se han aprobado en años anteriores. Este hecho nos lleva a pensar que no se va a modificar ni el diseño de la herramienta de intervención en los Estados miembros, ni los contenidos de las indicaciones que se hacen a estos Estados. Y ello a pesar de que se reconoce que no han funcionado hasta ahora como se esperaba.

Los ejes básicos de intervención siguen siendo, en términos generales, mejorar la capacidad de inserción profesional de los trabajadores, mejorar el espíritu de empresa, la adaptabilidad o flexibilidad de los trabajadores y de los empresarios, así como el fomento de la igualdad de oportunidades para todos, no sólo para las mujeres, aunque éstas constituyen un grupo prioritario.

Quizás la única novedad sea que se recomienda simplificar el acervo comunitario que existe hoy día para proteger la igualdad entre hombres y mujeres, tanto desde el punto de vista normativo como de las instituciones competentes. Además se insiste en que es necesario llevar a cabo una mejor evaluación y un más correcto control de las acciones puestas en práctica hasta la fecha, aunque no se especifica que tenga que ser diferenciando hombres y mujeres. Esto último, aunque no suponga aplicar correctamente la técnica del *mainstreaming* que hemos defendido en este trabajo de investigación, supone un avance que puede llevar a analizar y detectar las necesidades y diferencias entre los individuos⁴⁴².

Esta propuesta de simplificación legislativa tiene su mejor ejemplo en el intento de la Comisión europea de aprobar una directiva que garantice la igualdad entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación. Esta nueva directiva recoge cinco de las directivas actualmente vigentes⁴⁴³.

Esta simplificación legislativa entendemos que contribuirá a evitar confusiones a la hora de interpretar las normas, bien sobre los requisitos previos que hay cumplir para tener derecho al disfrute de alguna medida, bien sobre los beneficiarios de la concreta medida, o bien sobre la protección económica que lleva aparejada⁴⁴⁴. Por todo esto, es imprescindible que se definan claramente cuáles son los bienes jurídicos que se quieren proteger y cuál es la forma más adecuada para hacerlo.

⁴⁴² Esta recomendación también se contiene en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea". Documento COM (2005) 97 final de 16 de marzo de 2005.

⁴⁴³ Como de hecho ha ocurrido con 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). DOCE L 204 de 26 de julio de 2006. La propuesta se recoge en el documento COM (2005) 44 final, en el documento COM (2005) 380 final, así como en los documentos COM (2005) 97 final y COM (2005) 279 final.

⁴⁴⁴ Esta ausencia de claridad se observa claramente, por ejemplo, en España. En nuestro país se producen contradicciones del tipo de fomentar, por una parte, el reconocimiento de las desgravaciones fiscales, de las bonificaciones a la Seguridad Social para permanecer en el mercado de trabajo tras el permiso de maternidad y, por otra parte, además se

Algunos de los países que se pueden tomar como referencia para mejorar la legislación son Suecia y Noruega, cuyas medidas de apoyo al empleo de la mujer y a la conciliación de la vida familiar de mujeres y hombres nos pueden servir de referencia. Aunque también es cierto que junto a estas medidas debe tenerse en cuenta la propia conciencia de los ciudadanos al respecto, por ejemplo sobre la conveniencia de que la madre trabaje en los primeros meses de vida del recién nacido. En este sentido sorprende que sean los países menos desarrollados como Grecia, España e Italia en los que, tanto hombres como mujeres, vean más ventajas para la familia en el hecho de que la mujer trabaje fuera de casa. No ven esta circunstancia perjudicial para los hijos, a diferencia de la opinión que prima en Alemania o Austria, por ejemplo⁴⁴⁵.

Aunque pueda parecer otra cosa, la seguridad económica de las mujeres en cuanto renta suficiente para tener autonomía personal es imprescindible para que estas mujeres se planteen tener un hijo, no haciéndolo en muchas ocasiones si están desempleadas aunque tengan más tiempo libre⁴⁴⁶.

En esta misma línea, otra de las propuestas que realizamos en este trabajo es la simplificación administrativa, en el sentido de que se reduzcan los órganos que auxilian a las instituciones europeas y a los propios Estados para la mejora de las legislaciones y prácticas que se están llevando a cabo en materia de Igualdad de trato por razón de Género. Para ello se ha propuesto la creación de un Instituto europeo de la Igualdad de Género, cuyo reglamento de constitución⁴⁴⁷ es el Reglamento (CE) ° 1922/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de diciembre de 2006⁴⁴⁸. En relación con este organismo debemos decir que después de diferentes estudios de viabilidad y oportunidad respecto del mismo, pretende convertirse en ese órgano técnico de auxilio, especialmente para la Comisión europea y los Estados miembros.

En la exposición de motivos de este Reglamento antes citado, se insiste en la idea de que se trata de una estructura que aportará un valor añadido sin duplicar las actividades existentes. Se constituye con la intención de que sea un centro de excelencia donde se establezcan y apliquen sistemas uniformes de recopilación y análisis de datos y de información, para evitar precisamente una de las críticas que hemos realizado en este trabajo y que es la diversidad de fuentes de información que arrojan datos no siempre fiables y coordinados.

incentiva la excedencia por cuidado de hijos, con ausencia de toda retribución, lo que supone que esta medida sólo esté al alcance de aquellas familias que económicamente puedan prescindir de los ingresos de la persona que la disfrute. Así se pone de manifiesto en el Informe RANDSTAD. *op. cit.*, pág. 51.

⁴⁴⁵ Así se pone de manifiesto en el libro *La natalidad en España: situación y estrategias socioeconómicas. op. cit.*, pág. 180. Esto también se dice en el informe de expertos *Care in Europe* del Grupo de expertos para la Unidad de Igualdad de oportunidades de mujeres y hombres con responsabilidades familiares. Dirección General de la Comisión Europea, 1998. <http://www.europa.eu.int/comm>. 23 de agosto de 2005

⁴⁴⁶ Véase el libro *La natalidad en España: situación y estrategias socioeconómicas. op. cit.*, pág. 185 y 201.

⁴⁴⁷ La base competencial utilizada para la creación de este órgano han sido los artículos 13.2 y 141.3 del actual Tratado de la Unión Europea.

⁴⁴⁸ DOCE L 403, de 20 de diciembre de 2006.

Sin embargo y de acuerdo con este documento normativo que citamos, a pesar de la creación de este Instituto el resto de agencias, fundaciones y otros órganos de apoyo no desaparecen, se pretende que exista una actividad coordinada entre todos estos organismos. A esta conclusión se llegó tras debatir sobre la conveniencia de que fuera alguna de esas instituciones ya existentes la que fuera reformada para asumir las competencias que tendrá el Instituto. Sin embargo, se ha optado por crear una figura nueva. Con esto además se libera a la Comisión de parte de la actuación que en los últimos años está llevando a cabo para la defensa de la Igualdad de Género, ya que a partir de ahora podrá centrarse en la elaboración de políticas y en el control del acervo comunitario.

En concreto las funciones que se le atribuyen al mencionado Instituto son:

- La recopilación y análisis de estudios ya existentes o que se elaboren en un futuro. Realizará encuestas, organizará reuniones de expertos para apoyar el trabajo de investigación, etc.
- El fomento del diálogo a nivel europeo para el intercambio de información entre todos los sujetos interesados en esta materia: instituciones de la Unión Europea, instituciones de los Estados miembros, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales, centros de investigación, etc.
- La difusión de esa información mediante la creación de un fondo documental, bibliotecas digitales, publicaciones, etc. En resumen, hacer visible esta materia para los ciudadanos.
- Y la elaboración de herramientas eficaces para la implantación del mainstreaming.

En definitiva, sus métodos de trabajo se van a basar en la cooperación con la Comisión y con otras agencias comunitarias como la Fundación para la mejora de las condiciones de vida y trabajo, la Agencia europea para la seguridad y salud laboral o el Observatorio de racismo y xenofobia.

Se simplifica su estructura en comparación con otros órganos de auxilio, ya que sólo existirá un Consejo de Administración compuesto por dieciocho representantes nombrados por el Consejo partiendo de las propuestas de los Estados miembros, y un representante de la Comisión Europea⁴⁴⁹. Además existirá un Director responsable del diseño y ejecución del presupuesto de este órgano, además de diseñar el plan de trabajo de esta institución. Por último se prevé la existencia de un foro consultivo con expertos de los Estados miembros.

⁴⁴⁹ Este parece que ha sido uno de los mayores obstáculos para que el proyecto de reglamento se aprobara. En su redacción originaria se establecía la siguiente composición: un Consejo de Administración con 6 representantes de la Comisión, 6 del Consejo europeo, y 3 que representen a las ONG y los interlocutores sociales a nivel europeo (UNICE, CES y Lobby europeo de mujeres).

La segunda fuente de información que íbamos a utilizar en este epígrafe se concreta en el informe Wim Kok del que podemos señalar varios puntos de interés. En primer lugar, en este informe se insiste en que trabajar debe ser rentable para todos, además de ser necesario para que se reduzcan las “trampas” del desempleo, la inactividad y la pobreza, aún existentes. También se debe incidir en la reducción de los costes no salariales, especialmente en relación con los trabajadores pocos cualificados y con bajos salarios, regularizando por último el trabajo no declarado.

En segundo lugar, se destaca también la escasa aplicación de forma correcta de la técnica del mainstreaming, ya que no se ha llevado hasta sus últimas consecuencias en el sentido de evaluar el impacto de las medidas aprobadas⁴⁵⁰, es decir, el planteamiento integral de la protección de la mujer no está resultando tan efectivo como podría ser porque no se están realizando las evaluaciones que conlleva el mainstreaming. Además, se destaca en este informe cómo algunos Estados consideran que la política de conciliación es la única vía para elevar la tasa de empleo femenino y reducir las diferencias existentes entre hombres y mujeres, además de configurarla de forma voluntaria en general o exclusiva para estas mujeres, siendo muy pocos los Estados que realmente apuestan por una política para ambos progenitores⁴⁵¹.

En tercer lugar y en cuanto a la Igualdad de Género, en este informe se señala que existen intereses económicos y no sólo sociales para garantizar y hacer realidad la igualdad entre hombres y mujeres, de ahí que haya que buscar esa rentabilidad anteriormente mencionada. Para buscar esta rentabilidad en la Igualdad de Género, los empresarios deben comenzar a pensar que les interesa atajar el tema de la conciliación de la vida profesional y familiar de sus trabajadores, así como la formación y promoción de éstos, porque de esta forma podrá fidelizar a los trabajadores y evitar las fugas que los mismos podrían realizar a otras empresas. Esta forma de contribuir al bienestar general del trabajador, que además no estará sometido a los problemas de salud laboral que hoy existen con el estrés, el absentismo laboral provocado por estas causas, etc., repercutirá en el mejor rendimiento de estos trabajadores y por tanto en la productividad de la empresa.

Y en cuarto lugar, en este informe se insiste en la necesaria conexión que debe existir entre la Política de Empleo y la Política Económica, no sólo a

⁴⁵⁰ También se insiste en este Informe en la necesidad de seguir trabajando en la simplificación y mejorar de la normativa para la constitución de empresas así como las ayudas económicas; además de promover la formación de los futuros empresarios desde los niveles educativos más bajos. Asimismo se propone invertir más en capital humano con una adecuada formación, ya que hasta la fecha sólo unos pocos Estados han apostado por esta recomendación. Y por último, se insiste en la necesidad de incrementar la tasa de empleo de los trabajadores de más edad, retrasar su salida del mercado de trabajo, reformando el sistema de jubilaciones anticipadas para desincentivarlas.

⁴⁵¹ Para mejorar esta aplicación de la perspectiva de género y contribuir así a hacer posible dicha Igualdad, se propone por este conjunto de expertos una serie de medidas que contribuirían a su consecución, todas ellas ejecutables a través de la llamada Política de Empleo. Estas medidas se refieren a la reducción de la jornada diaria de trabajo durante un largo período de tiempo, al disfrute de períodos de suspensión total de la relación laboral pero de corta duración, aunque en esta medida el problema será la falta de ingresos, o su sustitución por prestaciones sociales, a la concesión de un crédito de horas que podrán disfrutar los trabajadores cuando lo necesiten, previa consulta con el empresario, y que podrían ser a fondo perdido o bien recuperables; por último, se insiste en la coordinación entre los horarios laborales y los horarios de los servicios en las distintas ciudades, de manera que no coincidan plenamente.

nivel de la Unión Europea sino especialmente en los Estados miembros. Esta conexión que estamos haciendo entre lo económico y el empleo, la cual se ha podido comprobar perfectamente en las directrices del año 2005-2008 ya examinadas, servirá de puente para poder entrar en el examen del objetivo básico de este epígrafe, que no es otro que el examen de las ayudas económicas al empleo femenino, especialmente desde el punto de vista del impacto que dicha actuación tiene en las mujeres, aunque también como dijimos al principio de este examen, en los hombres.

Hemos querido resaltar todas estas ideas del Informe Wim Kok porque pueden servir de adelanto a las conclusiones que se expondrán en este trabajo. En este informe se reconoce el avance existente, aunque también se señala que el mismo ha sido relativo, por la incorrecta aplicación de la perspectiva de género en todas las fases del proceso. Ésta es la conclusión a la que también llegaremos nosotros al finalizar este trabajo, sólo lo apuntamos en este momento.

7.3.3. Ayudas al empleo en el nivel europeo y en el nivel nacional: su relación con el empleo de las mujeres

En los epígrafes anteriores hemos hecho referencia a las Directrices y Recomendaciones para el empleo porque nos interesa su examen como vía de canalización –junto con los Programas Comunitarios para el fomento de la Igualdad de Oportunidades– de la financiación que desde la Unión Europea llega a los Estados miembros para el estímulo del empleo femenino, al margen, por supuesto, de la propia aportación económica de estos Estados. Estos últimos, no sólo financian sus acciones con dinero público europeo, sino que a la hora de diseñar sus Planes nacionales, tanto de empleo como económicos, destinan importantes cantidades de dinero nacional a este estímulo que comentamos. Esto nos va a obligar, por tanto, a estudiar el doble nivel de financiación que existe, por una parte entre la Unión Europea y los Estados miembros, y por otra, entre estos Estados y los empresarios nacionales.

Lo que intentamos en este epígrafe es analizar la conveniencia de esta herramienta de estímulo que es la ayuda económica, tanto para aumentar el volumen de empleo femenino, como para demostrarle al empresario la rentabilidad de contratar a mujeres. Para ello hemos estudiado en un primer momento lo que las Directrices y Recomendaciones de empleo dicen al respecto, porque de esta forma podremos saber cómo se va a articular en los próximos años la financiación del empleo. Y a continuación por tanto, nos resta examinar las herramientas concretas a través de las cuales el dinero europeo llega a los empresarios de los Estados miembros.

Por tanto, si el contenido de las indicaciones europeas básicamente no ha cambiado como hemos podido comprobar en las páginas previas al estudiar todas las directrices –salvo algunas matizaciones–, parece idóneo que ahora nosotros analicemos la viabilidad de continuar con algunas de las concretas medidas que se han utilizado para estimular el empleo femenino, de cara al

Estado y también de los propios empresarios. Nos referimos a las subvenciones y bonificaciones, ya que parece no ir a cambiar el instrumento de intervención y estímulo público.

Las conclusiones que se extraigan de este epígrafe junto con la conclusión obtenida en los anteriores respecto a la existencia de una desigualdad en el coste de contratar a hombres y mujeres, nos permitirá concretar si la situación en los mercados de trabajo es óptima para crear empleo femenino y así igualar las tasas de actividad femenina y masculina que hoy persisten distanciadas. Ambos aspectos forman parte de la Política de Empleo que se diseña y actualiza cada tres años.

Para comenzar el estudio de las subvenciones y bonificaciones debemos tener muy presente que el objetivo básico buscado con toda la reforma que se inició en los años noventa sobre el empleo, es el incremento del volumen de empleo total existente en Europa y la mejora de la calidad de este empleo. De manera que, a diferencia de años anteriores donde el objetivo era engordar las estadísticas de empleo, ahora el objetivo se centra en hacerlo con empleo de calidad, y especialmente para determinados colectivos como las mujeres que se encuentran en una situación más precaria que sus compañeros masculinos⁴⁵².

Para ello, los focos de acción que se fijan son múltiples y variados. Algunos ya los hemos estudiado, como la igualdad salarial entre hombres y mujeres por trabajos iguales o similares, la mejora de la protección social en general de todos los ciudadanos, y de forma particular para la mujer como también analizaremos en la última política, la rentabilidad del trabajo para todos⁴⁵³, etc. En todos estos focos de acción, sin duda la financiación de las medidas que se adopten juega un papel transcendental⁴⁵⁴.

⁴⁵² Es preciso recordar una precisión que ya hemos realizado y es que no puede caerse en el error producido en otras épocas de identificar las supuestas políticas de conciliación de la vida familiar y laboral con políticas o medidas activas de empleo para las mujeres, éstas últimas son un apartado más de las primeras. Tanto las llamadas medidas activas de empleo como las que reciben el nombre de pasivas (por estar dirigidas a aquellas personas que un momento determinado no desarrollan una actividad retribuida), suelen estar dirigidas a una serie de colectivos que se consideran desfavorecidos en el mercado de trabajo, y entre los que se encuentran las mujeres. MORALES ORTEGA, J.M. distingue entre medidas activas de empleo y medidas pasivas. Las primeras dirigidas a fomentar y crear empleo, incidiendo especialmente en la fuerza de trabajo, por ejemplo, en la cualificación de los trabajadores, etc. Por su parte las llamadas medidas pasivas de empleo atienden a la situación de desempleo en la que se encuentran los trabajadores, aportando rentas sustitutorias. *La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*. Monografías Temáticas Laborales, CARL, Sevilla, 2003, págs. 88-96.

⁴⁵³ De forma específica se señala la rentabilidad para la propia mujer, y por ello la Comisión insiste en la necesidad de "aumentar la participación de las mujeres en el mercado laboral, lo cual no sólo reforzará la viabilidad financiera de los sistemas de pensión, sino que permitirá a las mujeres adquirir independencia económica y disponer de mejores pensiones propias". Documento COM (2005) 44 final de 14 de febrero de 2005. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres, 2005, pág. 10.

⁴⁵⁴ En el Documento COM (2005) 44 final de 14 de febrero de 2005, que recoge el Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la igualdad entre mujeres y hombres, 2005, se señala que unos de los grandes esfuerzos a los que se deben dedicar tanto las instituciones europeas como los Estados miembros es a "utilizar plenamente los recursos que ponen a disposición los Fondos Estructurales, especialmente el FSE, para promover la igualdad entre mujeres y hombres y asegurarse de la igualdad de género se integre plenamente en los próximos programas operativos de estos fondos y se promueva en las diferentes fases de su aplicación". pág. 10 y 11.

Esta financiación la examinaremos en primer lugar en el nivel que llamaremos europeo y que se refiere a la relación de los Estados miembros con las instituciones de la Unión Europea y posteriormente analizaremos la relación del Estado con los empresarios, concretando así el examen de las subvenciones y bonificaciones a la Seguridad Social que son los dos elementos que hemos seleccionado para nuestro examen, ya que, desde el punto de vista laboral y en concreto para la creación de empleo, son los más utilizados. Comenzamos por tanto con el nivel europeo.

7.3.3.1. A nivel Unión Europea-Estado

En el nivel europeo, origen de gran parte de la ayuda económica para crear empleo, se insiste mucho en la necesidad de que las propuestas que se realicen en materia de Política social vayan acompañadas de una adecuada financiación que permita su realización de forma eficaz.

De esta forma, se ayuda a los Estados para que las empresas situadas en sus territorios sean más competitivas, especialmente a través de la ayuda del Fondo Social Europeo que ha sido catalogado como el "instrumento financiero básico de la política de empleo comunitaria"⁴⁵⁵. Este fondo se crea "para mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores en el mercado interior y contribuir así a la elevación del nivel de vida", principalmente "destinado a fomentar, dentro de la Comunidad, las oportunidades de empleo y movilidad geográfica y profesional de los trabajadores, así como a facilitar su adaptación a las transformaciones industriales y a los cambios de los sistemas de producción, especialmente mediante la formación y la reconversión profesionales"⁴⁵⁶.

Ese intento de mejorar las posibilidades de empleo de ciertos colectivos, es lo que ha hecho que se aprueben diversos programas que insisten en los recursos humanos y en la igualdad de esos colectivos, entre ellos en la igualdad de trato de hombres y mujeres⁴⁵⁷. Es el caso de los llamados Programas "EQUAL", que se aprueban en estrecha conexión entre la Comisión Europea y los Estados miembros, y que son además ejecutados por las autoridades nacionales, las cuales también contribuyen al objetivo que se persigue conseguir con el mismo, pues la financiación acaba siendo mixta tras la aportación inicial comunitaria⁴⁵⁸.

Esta forma de intervención comunitaria genera una serie de beneficios en forma de subvención y ayuda al empleo, a la formación, al fomento de

⁴⁵⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. *Derecho del Trabajo*. Vigésima Edición, Editorial Civitas, Madrid, 2002, pág. 730.

⁴⁵⁶ Artículo 146 del Tratado de la Unión Europea, en su versión aprobada en Niza.

⁴⁵⁷ Sobre esta materia puede consultarse ALONSO GARCÍA, B. "El empleo en la Unión Europea y las acciones del Fondo Social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 114, noviembre/diciembre. 2002, Civitas, págs. 855 y ss. Asimismo puede consultarse la página web del Fondo Social Europeo en España <http://www.inem.es/otras/fonsol/entrada.html>, y la página web europea http://www.europa.eu.int/comm/employment_social/esf/en/index.html.

⁴⁵⁸ ALONSO GARCÍA, B. *Ibidem.*, pág. 867.

la igualdad de oportunidades, a la movilidad de los trabajadores, etc.; existiendo además una correspondencia entre las medidas que se proponen en las Directrices y Recomendaciones de empleo y las medidas de acción prioritarias de estos Programas EQUAL.

Esta situación descrita es la que, en resumidas cuentas, se ha aplicado hasta ahora. Sin embargo y a pesar de los intentos de mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos europeos, y en particular de las medidas aplicadas en relación con el empleo y la igualdad de trato, no se han conseguido los resultados esperados, de ahí que se proponga un relanzamiento de la estrategia de Lisboa a través de dos vías, principalmente. Por un lado, a través de la eliminación de las trabas administrativas que hoy existen en las relaciones entre Unión Europea y Estados miembros. Y por otro lado, a través de una mejora en el forma de canalizar las ayudas estatales.

En un reciente documento de la Comisión Europea se pone de manifiesto que *"[...] para promover el crecimiento y la creación de empleo, es preciso que a los empresarios y las empresas vuelva a resultarles más rentable invertir en el desarrollo y la producción de bienes y servicios que centrar sus esfuerzos, por ejemplo, en actividades de captación de rentas. En este contexto, el acceso a la financiación es con frecuencia difícil, lo cual crea un obstáculo para el crecimiento y la creación de empleo"*⁴⁵⁹.

Por ello, se considera por la Comisión europea que se debe apoyar a las empresas a través de *"instrumentos que no sean subvenciones, como por ejemplo, préstamos, garantías para deudas subordinadas, instrumentos convertibles, etc. Las subvenciones deben utilizarse para construir y mantener infraestructuras que faciliten el acceso a la financiación, por ejemplo, oficinas de transferencia de tecnologías, viveros empresariales, redes de inversores providenciales o programas de inversión inmediata [...]"*⁴⁶⁰.

Parece por tanto, que la subvención, sin ser excluida, no es la panacea para solucionar el problema del desempleo y para estimular a los empresarios al aumento de éste ya que son los que realmente crean empleo. Esta constatación, sin duda, va a condicionar la forma y destino de las ayudas comunitarias a partir de este momento. De hecho, así se pone de manifiesto por la propia Comisión que propone dedicar los esfuerzos de las instituciones comunitarias, en relación con el empleo y con la Política Social, a dos grandes frentes.

Por una parte, la Comisión insiste en el fomento del diálogo social, de la libre circulación de trabajadores, así como en la realización de estudios sobre las mejoras que se podrían realizar en este sentido, pero dedicando un especial énfasis al efecto que puede tener el diálogo social.

⁴⁵⁹ Comunicación de la Comisión: "Política de cohesión y apoyo del crecimiento y el empleo: directrices estratégicas comunitarias, 2007-2013". COM (2005) 299 final, de 5 de julio de 2005. Pág. 24.

⁴⁶⁰ Comunicación de la Comisión: "Política de cohesión y apoyo del crecimiento y el empleo: directrices estratégicas comunitarias, 2007-2013". COM (2005) 299 final, de 5 de julio de 2005. pág. 25.

Y por otra parte, la Comisión considera que los esfuerzos de las instituciones europeas deben centrarse en aprobar y ejecutar un “*programa integrado de fomento del empleo y de la solidaridad social*” denominado PROGRESS y que se aprobará para el período 2007-2013⁴⁶¹.

Para llevar a cabo esta nueva forma de acción, se considera que la Comisión europea debe liberarse de ciertas tareas que hoy tienen encomendadas, para que realmente pueda dedicarse a la tarea de diseñar iniciativas comunitarias y controlar posteriormente su ejecución.

Por ello se considera que las labores de recopilación de información, de investigación, de realización de estudios se pueden realizar, además de por el Instituto europeo antes mencionado, por dos “agencias” que ya funcionan en el ámbito comunitario: la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo, y la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo.

Esta nueva forma de actuar permitirá que la Comisión se centre en presentar iniciativas en los cinco campos de acción que se consideran prioritarios:

- Empleo.
- Protección e integración social. Fomentando el método abierto de coordinación.
- Condiciones de trabajo, especialmente en relación con la salud laboral.
- Antidiscriminación y diversidad, en especial para los colectivos en riesgo de exclusión social –excepto las mujeres que tendrán un tratamiento específico–.
- Igualdad entre hombres y mujeres. En este campo se propone reforzar el método del mainstreaming y seguir trabajando por la Igualdad de trato real, a través de la ayuda del Instituto Europeo de Género ya comentado. Con esto, además se va a conseguir ejercer un mejor control en el cumplimiento de la materia sobre igualdad entre mujeres y hombres, elemento básico en el mainstreaming, como ya hemos puesto de manifiesto en repetidas ocasiones.

Esta nueva forma de intervenir, además de contribuir a la simplificación del acervo comunitario, que es una necesidad muy demandada por todos los sujetos que se ven afectados por el mismo, va a permitir también dotar de racionalidad a la estructura presupuestaria de la Unión.

Asimismo, esta forma de actuar ha de contribuir a que exista un mayor control. Así por ejemplo en el artículo 15 del documento que recoge el llamado programa PROGRESS, se señala que “*la Comisión garantizará que los*

⁴⁶¹ Propuesta modificada de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un programa comunitario de fomento del empleo y la solidaridad social –PROGRESS. COM (2005) 536 final, de 21 de octubre de 2005.

gastos cubiertos por el programa e imputados al mismo no sean imputados a ningún otro instrumento financiero comunitario". Esto va a suponer que se adoptarán medidas preventivas contra el fraude, la corrupción y otras actividades ilícitas, de manera que se llevará a cabo la recuperación de los importes pagados indebidamente, en el caso de que se detecten irregularidades, y se impondrán las oportunas sanciones⁴⁶².

Este cambio de rumbo responde a los escasos resultados positivos que se han conseguido desde 1997 hasta la actualidad, así como a los altos estándares de calidad que en cuanto al empleo se fijaron en Lisboa. Se ha comprobado que el destino y utilización de los fondos europeos no ha sido todo lo adecuado que se esperaba, de ahí que se haya propuesto este cambio de rumbo, realizando una especial incidencia en una materia tan importante como la financiación.

Esta última reflexión nos obliga a estudiar de qué forma estos resultados expuestos en el nivel europeo han tenido igual reflejo en el ámbito nacional de los Estados miembros, realizando un especial hincapié en la financiación que a través de las subvenciones ha llegado a estos Estados miembros. Esto es lo que vamos a analizar en el epígrafe siguiente.

7.3.3.2. A nivel Estado-Empresarios

En este nivel nacional nos centraremos en la relación del Empresario nacional con el Estado, concretamente en el beneficio que concede el ente público al privado para que éste acreciente su patrimonio a cambio de la creación de empleo⁴⁶³.

En relación con estos incentivos a la empresa privada, y a los efectos de nuestro estudio, nos interesa valorar la conveniencia de utilizar este instrumento o por el contrario modificarlo, o en todo caso acompañarlo de otras herramientas de fomento del empleo, en particular, para las mujeres. Para ello estudiaremos los siguientes factores: examen de las subvenciones en función del sujeto destinatario de la misma, es decir el empleador o el propio trabajador⁴⁶⁴; en función del concreto objetivo que se busca, ya que existiendo un objetivo genérico como es la creación de empleo, este último puede matizarse como veremos a continuación; también expondremos de forma breve lo que entendemos son

⁴⁶² Artículo 18 del Programa PROGRESS antes citado.

⁴⁶³ FERNÁNDEZ FARRERES F. *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 71. Posiblemente con el concepto de "subvención" ocurra como con otros muchos conceptos jurídicos, es decir, que es susceptible de múltiples definiciones. Estas ayudas pueden ser directas o indirectas. Las primeras suponen un "desplazamiento o transmisión patrimonial" a favor de alguna persona física o jurídica, que experimenta un enriquecimiento patrimonial; las segundas no suponen ese desplazamiento pero, sin embargo, producen el enriquecimiento del beneficiario a "expensas de un correlativo empobrecimiento en el patrimonio del otorgante". Este sería el caso de las cantidades que los empresarios dejan de ingresar en las arcas públicas, por ejemplo, en materia de Seguridad Social, por contratar a mujeres, y en resumen el caso de las bonificaciones y exenciones.

⁴⁶⁴ Este último tipo de ayuda tendrá una repercusión especial en el caso de las mujeres, ya que el beneficio no será individual sino de la sociedad, puesto que si hacemos posible que las mujeres trabajen y además puedan ser madres, esto supondría encontrar el equilibrio al que nos estamos refiriendo en este trabajo de investigación y toda la sociedad se beneficiará.

riesgos inherentes a la concesión de estas ayudas, así como los efectos positivos que pueden llegar a tener; y finalmente y para enlazar el estudio realizado en este epígrafe con la conclusión que hemos extraído del nivel europeo sobre la necesidad de que exista un mayor control de las ayudas que llegan de la Unión Europea, nos centraremos en la forma actual de control de estas medidas financieras.

De todas formas debemos adelantar que la eficacia de cualquier tipo de medida de estímulo al empleo va a depender, sin duda, del momento político que se esté viviendo en el Estado miembro, así como del estado de la economía y del propio sistema de protección social, de ahí que las conclusiones que se extraigan de este examen no puedan considerarse como verdades absolutas, aplicables en todos los Estados.

Comenzaremos por tanto el examen por la tipología de medidas. En este sentido y desde el punto de vista del sujeto destinatario de la misma, podemos distinguir entre las subvenciones que se conceden al empresario, ya sean cantidades fijas o porcentajes calculados sobre el salario del trabajador; y las ayudas directas al trabajador, las cuales pueden consistir en complementos fijos de remuneración o en cantidades concedidas en función del nivel de salario que se tiene, de manera que a medida que crece éste, disminuye progresivamente la subvención.

En función del objetivo que se persigue por la subvención y partiendo de que todas buscan el incremento del empleo, pueden distinguirse aquellas subvenciones que pretenden sin más crear empleo, es decir, incrementar las estadísticas nacionales; de aquellas que pretenden retrasar la salida de los trabajadores en caso de crisis de la empresa, evitando así despidos numerosos⁴⁶⁵; y aquellas otras que pretenden crear empleo pero para colectivos específicos y no de una forma coyuntural –en un momento determinado del mercado de trabajo– sino de forma estructural. Este sería el caso de las ayudas concedidas para incrementar el empleo del colectivo femenino⁴⁶⁶.

En cuanto a los riesgos que la concesión de estas ayudas conlleva, el primer riesgo es, sin duda, su utilización abusiva por parte de los empresarios, en el sentido de despedir a trabajadores que ya están en plantilla para contratar a aquellos otros del colectivo protegido que dan derecho a la subvención. Esta reacción empresarial realmente no cumpliría el objetivo de crear empleo, ya que

⁴⁶⁵ El estudio de estas ayudas puede ampliarse en Comunicación de la Comisión "Reestructuraciones y empleo: Anticipar y acompañar las reestructuraciones para desarrollar el empleo: el papel de la Unión Europea". COM (2005) 120 final. <http://www.europa.eu.int/comm>.

⁴⁶⁶ El problema que plantean las ayudas coyunturales es que, en muchas ocasiones, intentan evitar un problema que realmente no es coyuntural en la empresa, lo que limita su eficacia al no conseguir incrementar la productividad de la misma y mejorar su situación en los mercados, porque el problema realmente es de base o de mal funcionamiento de la organización empresarial. Esto es lo que ha hecho que algunos autores consideren que este tipo de medidas ayudan más a las empresas que están en expansión, a diferencia de las empresas más débiles cuya ventaja competitiva no se mejora. AA.VV. *Los incentivos a la creación de empleo. op. cit.*, pág. 13. Véase Informe del CES 1/2005 "Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo". Pleno de 26 de enero de 2005. www.ces.es 15 de enero de 2006.

éste debe medirse en función de la creación real de empleo y no del volumen de sustitución. La solución que han planteado algunos autores para evitar este riesgo es que se exija al empresario que celebre con el trabajador un contrato de una duración determinada y que sólo al final de éste se abonen las cantidades de la subvención. Sin duda esta forma de actuación no va a incentivar la creación de empleo.

Un segundo riesgo que se corre con este tipo de actuaciones, es que se contrate para puestos que pudieramos considerar de base en las empresas, a personas con una gran cualificación pero que están desempleadas. Esto ocurre frecuentemente en el caso del colectivo femenino que tras determinadas ausencias del mercado de trabajo por motivos familiares, pierden su empleo y a la hora de reincorporarse deben aceptar “cualquier empleo” que les permita volver a la actividad; fenómeno que hace “descender” la bolsa de mujeres cualificadas desempleadas.

El tercer riesgo que nos gustaría resaltar es que a pesar de la ayuda económica, no se puede obligar al empresario a mantener en plantilla al trabajador. Todo dependerá de los períodos de expansión económica de la empresa, e incluso de los mercados nacionales e internacionales, fomentando sin pretenderlo el empleo temporal⁴⁶⁷. En el caso de que el empresario no tenga esta posibilidad de contratar temporalmente, posiblemente no le interese económicamente la ayuda, ya que le resultaría más costoso tener que despedir al trabajador que ha contratado de esta forma cuando ya no pueda mantenerlo - además de los costes económicos lógicos que cualquier relación laboral puede generar por absentismo laboral, incapacidades temporales, permiso de maternidad, etc., y que, de aparecer, deberá soportar el empresario lo que hará la situación aún menos rentable⁴⁶⁸.

En cuanto a los efectos positivos de la ayuda económica y, en particular, de las subvenciones que se conceden para grupos desfavorecidos, podemos afirmar que resultan rentables para el Estado, ya que el dinero que invierte es porcentualmente inferior que el que dejaría de ingresar si se aplicaran otro tipo de medidas a favor del empresario, como por ejemplo las deducciones fiscales concedidas por la creación de empleo en general, ya que éstas se aplicarían respecto de todos los nuevos contratos que hiciera el empresario. De ahí que sea mejor apostar por un grupo determinado de trabajadores que conceder ayudas por todos los empleados de la empresa.

Además de lo anterior, se destaca como efecto positivo para el empresario que contrata a un individuo para puestos de base, que requieren poca cualificación, cómo la subvención que recibe por ello cubre un mayor porcentaje de los gastos que ese trabajador le genera, ya que suelen tener peor

⁴⁶⁷ Así lo ponen de manifiesto AA.VV. *Los incentivos a la creación de empleo*. *op. cit.*, pág. 81.

⁴⁶⁸ Para más información puede consultarse el Informe del CES 1/2005 “Desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo”. Pleno de 26 de enero de 2005. www.ces.es 15 de enero de 2006

retribución y por extensión, menor coste de Seguridad Social. Esto sin dejar de ser cierto provoca que esta situación perjudique a personas cualificadas que no han podido acceder a otro tipo de puestos de trabajo, dada la escasa oferta de empleo que existe en muchos países⁴⁶⁹.

Esta última realidad debemos relacionarla con la ya destacada necesidad de tener en cuenta la situación política, económica y social de cada Estado a la hora de distribuir los fondos europeos. Asimismo debemos tener presente si realmente el empresario hubiera creado el empleo igualmente aunque no hubiera contado con el importe de la subvención, por existir la necesidad de mano de obra⁴⁷⁰.

Entre las razones que se apuntan por algunos autores para justificar los limitados efectos de esta fórmula de estímulo al empleo, se encuentra la burocracia que suele conllevar la solicitud de una ayuda económica⁴⁷¹, además del desconocimiento del sistema de ayudas económicas nacionales por parte de los empresarios, especialmente del pequeño empresario⁴⁷².

Además se añade que los efectos positivos que esta posible solución conlleva no pueden detectarse a corto plazo sino a largo plazo, cuando las personas que ocupan puestos subvencionados pasen a ser titulares de un contrato en un puesto de trabajo no subvencionado, y con posibilidad de permanecer en él, lo que exige por tanto esperar el proceso que esta forma de acceder al mercado precisa.

El efecto positivo que existe para el trabajador es, sin duda, la posibilidad de ser empleado, de dejar de formar parte de la tasa de desempleados y por tanto, la posibilidad de ingresar o volver al mercado de trabajo, aunque en ocasiones esto se haga respecto de puestos de trabajo que no son los que más le interesan. Precisamente por este criterio queremos destacar la opinión de aquellos autores que consideran que el haber ocupado un empleo subvencionado puede llegar a perjudicar al trabajador, se puede "empañar la reputación de la persona", por pensar que carece de aptitudes profesionales para encontrar un trabajo por sí mismo⁴⁷³.

Por tanto podemos afirmar que la ayuda económica concedida al empresario, en particular la subvención para crear empleo se presenta como un método que plantea reservas, especialmente por la dificultad de encontrar el equilibrio entre la equidad y la eficacia económica, y de forma particular si el

⁴⁶⁹ Este fenómeno lo han calificado algunos autores utilizando la expresión de "descafeinar a los mejores cualificados". AA.VV. *Políticas para ayudar a los parados de larga duración*. op. cit., pág. 83.

⁴⁷⁰ El examen de todas estas ventajas e inconvenientes puede ampliarse en AA.VV. *Los incentivos a la creación de empleo*. op. cit., pág.43-50.

⁴⁷¹ Estos aspectos pueden ampliarse entre otros en ARRANZ SAINZ, A. *La gestión de subvenciones: perspectiva jurídica de su concesión y disfrute*. Tribuna Libros, 1996. SESMA SÁNCHEZ, B. *Las subvenciones públicas*. Lex Nova, 1998.

⁴⁷² MARX, I. "Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos". *Revista Internacional del Trabajo*. Volúmen 120, 2001, nº1, pág. 77.

⁴⁷³ MARX, I. *Ibidem.*, pág. 86.

objetivo es crear “empleo de calidad”. De ahí que como alternativa se presente la subvención directamente concedida al trabajador que busca empleo y consigue un puesto de trabajo, aunque éste sea escamente retribuido. En este caso la subvención se calcula en función de las rentas que obtiene el trabajador que, de partida, son muy reducidas, pero que son completadas por las cantidades que le entrega el Estado.

Esta otra fórmula presenta como efecto positivo que los individuos quieran trabajar, al menos, en un mayor porcentaje de casos respecto de los que lo harían de no existir la subvención. Se aumenta por tanto la oferta de mano de obra, se cubren ciertos puestos de trabajo que sin esta ayuda se rechazarían, y se reduce la carga sobre el sistema de Seguridad Social, ya que de otra forma los mencionados trabajadores preferirían recibir la prestación social aunque fuera mínima, porque trabajar no les resultaría rentable; o en todo caso trabajarían el tiempo imprescindible para generar el derecho a la prestación de Seguridad Social.

Con esta segunda fórmula, la subvención que se concede al trabajador iría reduciéndose de forma inversa al incremento de las rentas del trabajo que recibiera el interesado, lo que sin duda interesa al Estado. El efecto negativo que se destaca de esta fórmula es que el empresario no percibe de forma directa ninguna ventaja, aunque sí de forma indirecta, ya que podrá cubrir aquellos puestos de base para los cuales la retribución que prevé la norma convencional, o en todo caso que él quiera atribuirle, es muy reducida.

Si esta segunda fórmula de ayuda directa al trabajador la concretamos al objeto de estudio que estamos realizando supondría, a nuestro entender, establecer dos tipos de subvenciones o ayudas, partiendo de los ámbitos en los cuales consideramos que existe menor igualdad entre hombres y mujeres.

El primer tipo de subvenciones se destinarían a aquellas mujeres que, habiéndose ausentado temporalmente del mercado de trabajo, al intentar regresar al mismo, no han podido mantenerse en el puesto que ostentaban con anterioridad, lo que sin duda las desincentiva para ausentarse del mercado de trabajo. De esta forma, se ayudaría, en parte, a soportar el coste de la maternidad y la asunción de responsabilidades familiares por estas mujeres, ya que las mismas recibirían un complemento económico a su salario, el cual será en muchos casos mínimo.

El segundo tipo de subvención que proponemos conceder, tendría como destinatarios a los hombres que trabajan en el mercado laboral y que quieren, en periodos determinados de su vida, asumir responsabilidades familiares. La solución ideal sería que este tipo de ayudas se concedieran a hombres y mujeres, pero la observación de la realidad nos muestra que estas últimas ya solicitan los permisos y excedencias que analizaremos en la última política de este trabajo. De ahí que, en forma de “medida de acción positiva” a favor de los hombres, propongamos igualar las situaciones de partida, ya que en esta

materia el colectivo masculino está infrarrepresentado y necesita de una ventaja de salida⁴⁷⁴.

Estos dos tipos de ayudas económicas indudablemente suponen una variación respecto a la estrategia que hasta ahora se ha aplicado y que no contempla a los hombres. Esta variación requiere de varios factores.

En primer lugar, debemos situar el interés por cambiar la situación existente, especialmente la mentalidad en esta materia. El cambio es necesario y debe comenzar por las instituciones públicas que son las que tienen el poder financiero.

En segundo lugar, debemos situar, sin duda también, el cambio de mentalidad de los propios trabajadores, hombres y mujeres, que deben dejar a un lado los estereotipos que aun hoy persisten y contribuir, así, al equilibrio de sus parcelas públicas y privadas. Esto último se podrá conseguir con medidas económicas como las que estamos examinando en este capítulo y con medidas temporales como las que estudiaremos en la Política de Conciliación de la vida familiar y laboral.

Como último aspecto a analizar en este capítulo, debemos responder a la pregunta que hacíamos en páginas previas ¿qué ocurre si a pesar de estas ayudas económicas no se crea realmente el empleo? ¿Existe una obligación de resultado para el empresario que recibe la subvención?

Para responder a esta cuestión entendemos debemos empezar la reflexión por comprobar si, conforme al control que ejerce la Administración concedente, existe algún tipo de sanción o repercusión negativa en caso de que no se consiga el resultado buscado de crear empleo⁴⁷⁵.

Antes de analizar este aspecto debemos realizar una salvedad de gran importancia que pasamos a exponer. En este momento nuestro interés no se centra en el complejo sistema de control de las ayudas estatales previsto en el Tratado de la Unión Europea o en los ordenamientos nacionales, desde el punto de vista de la garantía de la competencia o, lo que es lo mismo, la prohibición de competencia desleal. Esta materia excede de nuestro objeto de estudio. Lo que ahora pretendemos sólo es realizar una reflexión sobre las consecuencias que la no obtención del resultado esperado puede conllevar, pero sólo a los efectos de determinar si esta herramienta es o no idónea. Esta premisa no se puede perder de vista por el lector, ya que de lo contrario deberíamos acometer el estudio

⁴⁷⁴ Otro tipo de medidas de estímulo para el incremento del empleo pueden ser las deducciones por gastos en formación profesional; la libertad de amortización para inversiones generadoras de empleo, deducciones en el IVA, etc. Para su estudio puede consultarse TOROLLO GÓNZALEZ, F.J. "Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 33, 2001, pág. 151 y ss. PRADAS MONTILLA, R. "Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo". *Documentación Laboral*. Número extraordinario, nº 54, 1997, pág. 141 y ss.

⁴⁷⁵ En algunos estudios económicos que se han realizado sobre los estímulos para la contratación de personas desempleadas, se pone de manifiesto que "no debemos esperar que la reducción de los costes salariales impulse espectacularmente la ocupación", ya que los empresarios valoran con más importancia la valía de sus empleados. MARX, I. *op. cit.*, pág. 76.

de todo el entramado administrativo que esta cuestión exige⁴⁷⁶. Por tanto, limitamos el examen a la pregunta de si debe o no existir un control por el órgano concedente de la ayuda respecto del resultado finalmente obtenido, o por el contrario este control no es necesario ya que la obligación no es de resultado.

La respuesta a esta pregunta la dan algunos autores argumentando que la propia definición de “subvención” lo requiere, ya que con estas ayudas se persigue la realización de un “fin o interés público”, lo que justifica que la Administración deba velar por su cumplimiento⁴⁷⁷.

Al margen del control financiero y fiscal al que debe someterse el beneficiario de la subvención, nosotros consideramos que la obligación que se genera para el beneficiario no es una obligación de resultado sino de mera actividad, ya que entre el empresario beneficiario y la Administración concedente no se genera ningún vínculo jurídico especial por el cual esta Administración pueda exigirle el concreto resultado de crear un volumen determinado de empleo⁴⁷⁸.

Además, el particular que recibe la subvención puede en cualquier momento, renunciar a la misma, sin que por ello se deriven consecuencias negativas para él. Por todas estas razones algunos autores se refieren a la subvención como herramienta que genera una “*carga jurídica pero no una obligación stricto sensu*”⁴⁷⁹.

De cualquier forma, entendemos que será la norma que regule la concesión de este tipo de ayudas la que determine las consecuencias del no cumplimiento del fin público perseguido y que, en todo caso, se extenderán a la devolución de la subvención más algún tipo de interés⁴⁸⁰.

Si esto es así, parece lógico pensar que los resultados reales que, sobre el empleo, provocan las subvenciones directas al empresario no son todo lo halagüeñas que se pudiera esperar, de ahí que hayamos apostado por completarlas

⁴⁷⁶ Para un estudio más exhaustivo puede consultarse FERNANDEZ FARRERES, F. *op. cit.*, págs. 718 y ss.

⁴⁷⁷ FERNANDEZ FARRERES, F. *Ibidem.*, pág. 745.

⁴⁷⁸ Esto se confirma por algunos autores que vienen a señalar que la subvención obliga tan sólo a realizar una actividad con el fin de obtener un resultado, pero que en caso de no obtenerse la Administración otorgante “no tiene un derecho subjetivo por el que pueda exigir coactivamente” el cumplimiento del resultado, salvo los casos de reclamaciones por uso indebido de la subvención, según el destino que se haya dado a la misma; o los casos en los cuales se hubieran falseado los requisitos para su obtención. En todos estos casos se podrá declarar la cesación del derecho para el interesado, y en último extremo, analizar si concurren indicios de algún delito por ese falseamiento, pero nada más. Para mayor detalle puede consultarse GÓMEZ RIVERO, M.C. *El fraude de subvenciones*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. ARROYO ZAPATERO, L. *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones, 1987, FERRÉ OLIVÉ, J.C. *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Cuatro volúmenes, Universidad de Salamanca, 2002.

⁴⁷⁹ FERNANDEZ FARRERES, F. *op. cit.*, pág. 423.

⁴⁸⁰ Para examinar ampliamente el control que se ejerce desde la Unión Europea puede consultarse entre otros, GARCÍA-TREVIANO GARNICA, E. *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*. Cuadernos de Civitas, Madrid, 2002. LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C. *El control jurisdiccional de la actitud comunitaria en materia de “dumping” y de subvención*. Universidad de Granada, Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía, Sevilla, 1993.

con las subvenciones directas al trabajador en el doble sentido antes descrito. Esta última propuesta la completaríamos con otra referida al control que se ejerce sobre esta materia, tanto en el nivel europeo como en el nacional.

Esta mejora del control se reclama por las propias instituciones europeas, que en los últimos documentos que sobre el empleo e igualdad han elaborado, han insistido en el control financiero. En estos instrumentos normativos se exige, además, que el control sobre el volumen de empleo total recoja el impacto de género que dicho instrumento provoca, el impacto económico y también el impacto social⁴⁸¹. Esto supone, además, aplicar correctamente la técnica del *mainstreaming*, que recordamos se había destacado en el Informe Wim Kok como una asignatura pendiente.

En definitiva, lo que hemos querido poner de manifiesto en este capítulo sobre empleo, es que la legislación existente sobre igualdad de condiciones laborales para hombres y mujeres, incluida las condiciones retributivas, constituyen una garantía para avanzar en el camino de la igualdad y, además una garantía necesaria, aunque sea insuficiente por la dificultad de su aplicación controlada y efectiva, lo que puede comprobarse por la persistencia aún hoy de diferencias salariales entre mujeres y hombres a pesar de tener trabajos comparables. Por tanto, debe buscarse alguna medida más allá del reconocimiento legal de la igualdad para mujeres y hombres. Lo que se ha hecho, como ya hemos destacado, con las medidas económicas que suponen las subvenciones y bonificaciones –en cuanto garantías que pretenden producir efecto a largo plazo, aunque se reciban en el momento de constituir la relación laboral– pretendiendo convencer al empresario de la rentabilidad futura de contratar a mujeres.

Estas garantías a largo plazo, como hemos podido comprobar, presentan una serie de riesgos y también de efectos positivos que, en todo caso, podrán mejorarse apostando por la solución que hemos expuesto en líneas anteriores de doble canal de ayuda, para las mujeres en la vida pública, para los hombres en la vida privada.

Con esto se conseguiría cumplir, o al menos acercar, el equilibrio entre las parcelas públicas y privadas de hombres y mujeres, objetivo que en esta materia plantea el Feminismo de la Diferencia utilizando además para ello el mecanismo del *mainstreaming*.

Si tenemos en cuenta las necesidades públicas de las mujeres y las privadas de los hombres, que son los que hoy por hoy precisan de más atención en esta esfera, y además lo hacemos en el diseño, ejecución y control de

⁴⁸¹ Entre otros documentos podemos citar Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: "Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la Unión Europea". Documento COM (2005) 97 final, de 16 de marzo de 2005, pág. 5. Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre igualdad entre mujeres y hombres, 2005. Documento COM (2005) 44 final, de 14 de febrero de 2005. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Estrategia marco contra la discriminación y por la igualdad de oportunidades para todos". Documento COM (2005) 224 final.

la legislación y de las ayudas económicas, acercaremos los extremos de mujeres y hombres. Para conseguir esto último la Política de Empleo es un instrumento idóneo aunque debe modificarse la forma de concretar su contenido en cuanto a la ayuda económica que llega a los Estados miembros desde Europa y se concede a los empresarios.

CAPÍTULO VIII:

POLÍTICA DE SALUD LABORAL Y EL TRABAJO FEMENINO

Política de Salud Laboral y el trabajo femenino

8.1. Introducción

En este capítulo nos interesa estudiar la Política de Salud Laboral partiendo de algunas ideas ya expuestas en el capítulo destinado al Derecho Internacional y que se resumen, en primer lugar, en el escaso tratamiento que en dicho ámbito han recibido las responsabilidades familiares frente al tratamiento de la maternidad y, por tanto, la especial atención que han recibido las mujeres frente a los hombres.

Una segunda idea que debemos tener presente es la necesidad de armonizar la protección de dos derechos fundamentales como son la igualdad de trato entre mujeres y hombres y la protección de la salud de las personas, de manera que se busque un equilibrio entre ambos derechos.

Y finalmente una tercera idea a tener en cuenta es la referida a los concretos aspectos que nos interesa estudiar en el seno de esta Política, cuyo contenido puede resultar muy extenso pero que nosotros hemos limitado a los factores relacionados con la maternidad, el parto y el período inmediato posterior a éste, tanto en los aspectos temporales como los económicos, lo que nos llevará a estudiar las garantías relacionadas con la prohibición de despido y el mantenimiento del puesto de trabajo, así como las rentas de sustitución en caso de riesgo por embarazo, maternidad y lactancia⁴⁸².

Todos estos aspectos citados van a ser analizados desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia y en relación con el Derecho comunitario, en

⁴⁸² Sobre todos estos aspectos puede consultarse ROSALES NAVAS, R.M. *Género y salud reproductiva, la influencia de las cargas de trabajo productivas y reproductivas en la salud de las mujeres*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1999. De la misma autora puede consultarse *Trabajo, salud y sexualidad: las cargas de trabajo laborales y reproductivas en la salud de las mujeres*. Editorial Icaria, Barcelona, 2002.

el cual encontramos una primera diferencia con el Derecho Internacional y es el mayor tratamiento que existe de este tema, gracias en parte al reconocimiento de una base competencial específica en la materia. Nos referimos al artículo 118 del Tratado ya estudiado y respecto del cual debemos volver a insistir en su evolución, ya que ha sido modificado en varias ocasiones y no sólo en cuanto a la numeración como hemos podido comprobar⁴⁸³.

8.2. Principales Directivas aprobadas en la materia

Fruto de la reforma llevada a cabo en el Tratado de la Unión por el Acta Única Europea de 1986, que incorpora la necesidad de mayoría cualificada y no de unanimidad, se aprueba la Directiva 89//391/CEE, de 12 de junio de 1989⁴⁸⁴, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo⁴⁸⁵. En esta norma se reconoce la

⁴⁸³ Inicialmente el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea establecía en su artículo 117 la conveniencia de mejorar las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores. Para ello se decía que la Comisión intervendría junto con los Estados miembros en la protección contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, así como en la higiene en el trabajo (artículo 118). También como antecedentes podemos destacar que “desde la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la Comunidad ha adoptado iniciativas en el ámbito del medio de trabajo. Durante los primeros años se realizaron diversos proyectos piloto [...] y se establecieron normas para la protección de la salud de la población y de los trabajadores contra las radiaciones ionizantes. Mediante la Decisión del Consejo de 9 de julio de 1957 se adoptó la Decisión relativa al mandato y al Reglamento interno del órgano permanente para la seguridad y la salubridad en las minas de hulla. En 1974, la Decisión 74/326 del Consejo amplió la competencia del Órgano a todas las industrias extractivas y la Decisión 74/325 del Consejo estableció el Comité consultivo sobre la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el centro de trabajo.” Ficha Técnica del Parlamento europeo 4.8.5. www.pe.es, 13 de agosto de 2004. Además pueden destacarse la Directiva 80/107, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos en el trabajo, considerada como la primera Directiva marco que dio lugar a la aprobación de otras directivas, aunque algunos autores consideran que esta denominación es errónea y sólo puede utilizarse para referirse a la Directiva 89/391. PÉREZ ALENCART, A. *El Derecho comunitario de la seguridad y la salud en el trabajo*. Editorial Tecnos, Madrid, 1993, pág. 88. Lo que destaca en esta primera etapa es el carácter reactivo y no preventivo del tratamiento de la salud de los trabajadores.

⁴⁸⁴ DOCE L nº 183 de 29 de junio de 1989. Como antecedente puede destacarse la Directiva 80/107 sobre protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a unos 100 agentes físicos, químicos y biológicos. Esta norma fue aprobada antes de la incorporación por el Acta Única Europea del artículo 118 A al Tratado de la Unión Europea, en base al citado artículo 118 del Tratado originario.

⁴⁸⁵ Como antecedente de la Directiva Marco, destacar la Resolución de 21 de diciembre de 1987 del Consejo de las Comunidades Europeas que recoge un programa propuesto por la Comisión Europea para mejorar la seguridad, la higiene y la salud en los lugares de trabajo. DOCE C nº 28 de 3 de febrero de 1988. Concretamente, se señala en esta Resolución que “el Consejo de las Comunidades Europeas, considerando que el artículo 118 A del tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea establece como objetivo la armonización, dentro del progreso, de las condiciones existentes, en particular en el medio de trabajo, con el fin de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores; y considerando que el artículo 118 A dispone que, con este fin, el Consejo, por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, en cooperación con el Parlamento Europeo y previo dictamen del Comité Económico y Social, adopte, mediante Directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente, teniendo en cuenta las condiciones y regulaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros [...]. Sobre esta Resolución puede consultarse SANCHO CUESTA, J. *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1993, págs. 71-75. En este documento el Consejo europeo sugiere a la “Comisión que establezca, en estrecha cooperación con los Estados miembros y previo dictamen del Comité consultivo sobre seguridad, higiene y protección de la salud en los lugares de trabajo, planes de trabajo concretos, preferentemente anuales”. Además de recibir positivamente la intención de la Comisión de presentarle, en breve plazo: prescripciones mínimas a nivel comunitario, relativas a la organización de la seguridad y de la salud de los trabajadores en los lugares de trabajo, incluida la protección contra los riesgos debidos al transporte manual de cargas pesadas, relativas a la protección contra los riesgos debidos a sustancias peligrosas, incluidas las sustancias carcinógenas, relativas al acondicionamiento de los lugares de trabajo, y otras actividades como: la armonización de las estadísticas de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, un estudio sobre la forma de organizar los Estados miembros los medios de control y las sanciones, etc. Además, se invita a los interlocutores sociales a participar en este proceso de mejora del entorno de trabajo, así como a todos los sujetos interesados y afectados por la materia. Como puede observarse se va tomando una mayor conciencia de la importancia de la materia.

existencia de diferencias legislativas entre los Estados miembros en esta materia, lo que plantea la necesidad de acercar sus ordenamientos⁴⁸⁶.

En relación con esa normativa comunitaria vinculante, nuestro interés en el seno de la Política de Salud Laboral debe centrarse en la citada Directiva marco; en la Directiva 91/383 sobre protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores temporales y de duración determinada⁴⁸⁷; y en la Directiva 92/85 del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁴⁸⁸. Una vez estudiadas estas directivas pasaremos a analizar los Programas comunitarios de Acción para la mejora del entorno o medio de trabajo, así como las principales instituciones con competencia en la materia que ahora examinamos.

Todo este análisis se va a realizar con el fin de examinar si estos instrumentos de intervención comunitaria, vinculantes o no, han tenido en cuenta los presupuestos del Feminismo de la Diferencia en su diseño, puesta en práctica y control posterior. De manera que podamos concluir o no con la afirmación de que el método del *mainstreaming* se está aplicando en esta política comunitaria y se está atendiendo así a las necesidades del individuo. Comenzamos por tanto con el estudio de las mencionadas directivas.

A) En cuanto al contenido de la Directiva marco y para sentar la base para el estudio posterior de la Directiva 92/85 que expresamente se ocupa de la mujer trabajadora, debemos destacar varios aspectos⁴⁸⁹.

En primer lugar, debemos decir que con esta norma se trata de prevenir aquellos riesgos respecto de los cuales sea posible la prevención y de proteger de forma adecuada ante aquellos que no puedan ser evitados. Se observa claramente tanto el papel preventivo como el reactivo de la normativa de seguridad y salud laboral⁴⁹⁰.

⁴⁸⁶ En los considerandos de la directiva se declara que "en los Estados miembros, los sistemas legislativos en materia de seguridad y de salud sobre el lugar de trabajo son muy diferentes y que deben ser mejorados; que tales disposiciones nacionales en la materia, a veces completadas por disposiciones técnicas y/o normas voluntarias, pueden conducir a niveles de protección de la seguridad y de la salud diferentes y permitir una competencia que vaya en detrimento de la seguridad y de la salud". Sobre esta materia puede consultarse GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F. "La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas Comunitarias: Balance y perspectiva a comienzos de 1989". *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1989, pág. 23-33. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad e higiene y salud en el trabajo: La Directiva 89/391/CEE". *Relaciones Laborales*, Tomo III, 1991, pág. 654-665.

⁴⁸⁷ DOCE L n° 206 de 29 de julio de 1991.

⁴⁸⁸ Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE. DOCE L n° 348 de 28 de noviembre de 1992.

⁴⁸⁹ Sobre el contenido de esta Directiva puede consultarse, entre otros, GONZÁLEZ-POSADAS MARTÍNEZ, E. "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo: La Directiva 89/391/CEE". *Actualidad laboral* n° 32 de 1991. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. "La Directiva-marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español I y II". *Relaciones Laborales*. n° 8 y 9 de 1991. SANCHO CUESTA, J. *op. cit.*

⁴⁹⁰ El objetivo de esta norma es "la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo". Para ello se fijan una serie de principios básicos que deben presidir toda la labor normativa aprobada al respecto, estos principios son: la prevención de los riesgos profesionales, la protección de la seguridad y de

En segundo lugar, el ámbito de aplicación personal también merece un comentario especial, ya que en el concepto de trabajador que proporciona la directiva no se incluyen a los trabajadores al servicio del hogar familiar⁴⁹¹ y, como es bien sabido, se trata de una actividad principalmente ocupada por mujeres, aunque en cierta medida esto se justifica por el carácter especialmente privado del centro de trabajo. Además proporciona la norma los conceptos de empresario, empresa o establecimiento, todos de forma amplia, y el concepto de “riesgo profesional” en el cual se incluyen los riesgos psicológicos además de los físicos⁴⁹².

Al margen de estas aclaraciones, sin duda son los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco los que merecen una especial atención. Concretamente, el artículo 15 establece que *“los grupos expuestos a riesgos especialmente sensibles deberán ser protegidos contra los peligros que les afecten de manera específica”*. De acuerdo con esto en los considerandos de la Directiva 92/85 se dice que: *“la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad”*⁴⁹³.

Por su parte el artículo 16 prevé la aprobación de una serie de Directivas específicas, aunque no se explica a qué se debe dicha especificidad, sólo se remite al anexo de la propia Directiva en el cual se fijan los aspectos que justifican la aprobación de esas otras normas más específicas. En concreto establece que serán objeto de tratamiento especial los:

“lugares de trabajo, equipos de trabajo, equipos de protección individual, trabajos con equipos provistos de pantalla de visualización, manipulación

la salud; la eliminación de los factores de riesgo y accidente; la información, la consulta, la participación equilibrada de conformidad con las legislaciones y/o los usos nacionales; y la formación de los trabajadores y de sus representantes. Sobre la evaluación de riesgos existentes en la empresa por parte del empresario puede consultarse la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 15 de noviembre de 2003, asunto C-49/00, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra REPÚBLICA ITALIANA. La evolución de los mismos ha sido estudiada por CASAS BAAMONDE, M.E. “La reforma de la protección de los riesgos profesionales”. *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1990, pág. 52-58. Sobre el resto de aspectos puede consultarse la STJCE de 12 de junio de 2003, asunto C-425/01, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra REPÚBLICA PORTUGUESA; STJCE de 22 de mayo de 2003, asunto C-441/01, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra REINO DE LOS PAÍSES BAJOS; y STJCE de 22 de mayo de 2003, asunto C-335/02, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS contra GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO. Estas resoluciones destacan por resolver una transposición defectuosa de la Directiva marco en relación con la posibilidad de externalización de los servicios de prevención, y con las capacidades y aptitudes necesarias de las personas designadas para hacerse cargo de la actividad de protección y prevención de la seguridad y salud laboral.

⁴⁹¹ Algunos autores consideran también dudosa la inclusión de los trabajadores autónomos. PÉREZ DEL RÍO, T. “Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de seguridad e higiene en el trabajo”. *op. cit.*, pág. 105.

⁴⁹² Sobre estos aspectos pueden consultarse, entre otros, PENDAS DÍAZ, B. *La prevención en el marco jurídico comunitario: riesgos comunes y profesionales*. ACARL, 1992. GARCÍA OJEDA, P. y OTEGUI, R. “A propósito de la salud de las mujeres y la complejidad social”, en AA.VV. *Las Políticas públicas en favor de las mujeres: de la teoría a la práctica*. Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid, Asociación cultural Al-Mudayna, Madrid, 2000, págs. 151-189.

⁴⁹³ A esto se añade que *“considerando que la protección de la seguridad y de la salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres; y considerando que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico de exposición de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo peligrosos y que, por lo tanto, dichos riesgos deben ser evaluados y el resultado de esta evaluación comunicado a las trabajadoras y/o a sus representantes.”*

de cargas pesadas que entrañen riesgos lumbares, obras temporales y móviles, y pesca y agricultura”.

Cualquiera de estos aspectos justifica la adopción de una norma específica, una Directiva⁴⁹⁴ que regule las medidas de protección frente a los riesgos que conlleva la actividad, bien por el entorno en el que se realizan esas actividades, bien por la propia actividad en sí. De forma particular podemos considerar que tanto el lugar de trabajo, como los equipos de trabajo o la manipulación de cargas pesadas podrían entrañar algún riesgo específico para la mujer, el feto o el recién nacido.

B) En este apartado vamos a estudiar la Directiva 91/383 sobre protección en materia de seguridad y salud de los trabajadores temporales y de duración determinada. La razón por la cual se va a estudiar esta directiva es porque las mujeres son las principales titulares del trabajo temporal, como pusimos de manifiesto en el capítulo tercero de esta investigación. Esto nos lleva a la necesidad de conocer cómo se protege la salud de las mujeres que trabajan temporalmente y que además se encuentran en alguna de las situaciones protegidas por el Derecho Comunitario⁴⁹⁵.

Para situar la cuestión que queremos examinar, podemos recordar que los años ochenta se caracterizaron por la necesidad de flexibilizar los mercados laborales como consecuencia de la crisis económica que se estaba produciendo. Esa flexibilidad se tradujo en una utilización abusiva de la contratación temporal a lo largo de la década siguiente. Incluso en la actualidad, como ha sido puesto de manifiesto en el capítulo III, el trabajo temporal ocupa un puesto importante en nuestra economía.

Para responder a esta realidad fue necesaria la regulación de los aspectos relacionados con ese trabajo temporal⁴⁹⁶ y, entre ellos, la salud y

⁴⁹⁴ En el caso de que se pudieran aprobar Reglamentos comunitarios esto permitiría armonizar los ordenamientos jurídicos, ya que no dejarían margen de maniobra a los Estados miembros al ser directamente aplicables en los mismos, eliminando así las variadas diferencias existentes como se pone de manifiesto en los considerandos de la Directiva marco.

⁴⁹⁵ Además de las Directivas que estamos estudiando podemos citar la Directiva 89/654 de 30 de noviembre de 1989, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo. Concretamente, podemos destacar varios aspectos que nos interesan. En primer lugar, el concepto de lugar de trabajo que proporciona, entendiendo por tal “los lugares destinados a albergar puestos de trabajo, situados en los edificios de la empresa y/o del establecimiento, incluido cualquier otro lugar dentro del área de la empresa y/o del establecimiento al que el trabajador tenga acceso en el marco de su trabajo”. El concepto por tanto, se relacionada con un espacio físico acotado en el interior de la empresa lo que va a plantear problemas con algunas formas de trabajo que se realizan total o parcialmente fuera del establecimiento de la empresa. En segundo lugar, es oportuno destacar como las obligaciones del empresario en cuanto a garantía de unas condiciones mínimas de seguridad y salud en el lugar de trabajo, varían según el momento de constitución de la empresa. De acuerdo con los artículos 3 y 4 de la Directiva, si la empresa o lugar de trabajo se utiliza por primera vez después del 31 de diciembre de 1992 (fecha máxima para la transposición de esta Directiva en los Estados miembros), deberán cumplir las disposiciones mínimas previstas en el Anexo I de la Directiva, mientras que los lugares de trabajo que hubieran sido utilizados antes del 1 de enero de 1993 deberán cumplir las medidas mínimas previstas en el Anexo II. Esta diferenciación responde a la dificultad económica y de espacios que conllevaría para las empresas constituidas antes del 1 de enero de 1993 cumplir con el contenido de esta Directiva. De ahí que se realicen adaptaciones a las posibilidades de las empresas, aunque en materia de salud de la mujer embarazada ambos anexos prevén lo mismo. Concretamente señalan que “Las mujeres embarazadas y las madres lactantes deberán tener posibilidad de descansar tumbadas en condiciones adecuadas”.

⁴⁹⁶ Sobre los antecedentes de esta regulación puede consultarse RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria”. *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1991, págs. 158 y ss. En este estudio se hace

seguridad laboral de los trabajadores contratados de esta forma, ya que en esta materia muchas de las medidas a aplicar son a largo plazo lo que resulta difícil en el trabajo temporal, además de la formación que debe tener el trabajador⁴⁹⁷.

Concretamente con esta directiva se pretendió dar respuesta a una de las necesidades que planteaba el uso del trabajo temporal, como fórmula atípica de articular relaciones laborales, ya que el trabajo prototipo en nuestra disciplina es aquel que se celebra por tiempo indefinido y directamente entre un empresario y un trabajador. Con la intervención de las empresas de trabajo temporal en este escenario surgieron nuevas necesidades.

Como han señalado algunos autores *“esta directiva presenta una particularidad consecuencia de su objeto. Es, obviamente, una norma sobre salud y seguridad en el trabajo, de ello se ocupa siendo, a la vez, una Directiva específica de desarrollo de la Directiva Marco. Pero es también una Directiva sobre trabajo atípico, por ocuparse de trabajadores temporales y de trabajadores en misión. [...] Esta coincidencia no es causal, sino que responde a una estrategia consciente de la Comisión, que trató de hacer pasar una regulación sobre trabajo atípico como una normativa de prevención de riesgos laborales, para beneficiarse así de las posibilidades que la regla de la aprobación por mayoría cualificada, establecida en el entonces vigente artículo 118A del Tratado de Roma, le ofrecía”*⁴⁹⁸.

El objetivo principal de esta Directiva es intentar garantizar que los trabajadores temporales, ya sean directamente contratados por el empresario o a través de una empresa de trabajo temporal, tengan una protección similar a la que tienen los trabajadores permanentes de la empresa⁴⁹⁹. Para ello establece que no existe justificación alguna para establecer diferencias entre ellos. Esto último si bien es en parte cierto no puede llevar a obviar la falta de conocimiento y experiencia que los trabajadores temporales tienen realmente respecto a la concreta actividad a desarrollar, lo que justificaría un mayor celo en el tratamiento de la materia que ahora comentamos.

La garantía que ofrece la Directiva se centra principalmente en la información que debe recibir el trabajador temporal sobre los posibles riesgos

una mención especial del Informe Papandreu que constituye un completo estudio del trabajo temporal en Europa hasta 1990 y que trata aspectos tales como la importancia que habían llegado a tener las Empresas de Trabajo Temporal y las dificultades que este aumento conllevaba.

⁴⁹⁷ A esto se añade que *“[...] estas modalidades contractuales alteran o disminuyen los contenidos de la negociación colectiva y se prestan para la comisión de abusos en la relación [...]”*. PÉREZ ALENCART A. *op. cit.*, pág.105. Añade este mismo autor que la *“fuerte oposición de las organizaciones empresariales que consideraban que esta (regulación) aumentaría los derechos de los trabajadores (temporales) y, por tanto, se incrementarían los costes, se reduciría la flexibilidad laboral y aumentaría el desempleo, principalmente femenino”*. *Ibidem*, pág. 106.

⁴⁹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y PÉREZ GUERRERO, M^a. L. “La seguridad y salud de los trabajadores puestos a disposición”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Diez años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal*. Mergablum, Madrid, 2004. págs. 193-228. Véase asimismo RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. “El proceso legislativo europeo y el Derecho Social Comunitario”. *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 12, 1998, págs. 13 y ss.

⁴⁹⁹ Artículo 2 de la Directiva 91/383.

específicos que tiene el puesto a desempeñar, previamente a la prestación del servicio. Todo ello según las legislaciones nacionales, lo que cobra especial importancia en relación con las mujeres embarazadas o en periodo de lactancia por la posibilidad de que la empresa tenga o no realizada la evaluación de estos riesgos específicos para la mujer que se encuentre en estas situaciones.

La garantía de la Directiva también incluye la comunicación al trabajador de la cualificación o conocimientos profesionales que requiere el puesto a desempeñar, así como la necesidad de algún control médico previo. En relación con el primer aspecto, señala el artículo 4 de esta norma que el trabajador deberá recibir la formación necesaria para poder desempeñar de forma segura y saludable la actividad para la que es contratado. Y en cuanto al segundo aspecto, el control médico previo, parece que es la vía para subsanar los inconvenientes señalados sobre la falta de comunicación del estado de embarazo, aunque también es cierto que la imprecisión de la Directiva al referirse sólo a *“algún control médico previo”* puede llevar a la ausencia de aquellas pruebas diagnósticas que constaten el embarazo. También es cierto que la prueba analítica suele ser habitual en cualquier reconocimiento médico y ésta daría a conocer el embarazo.

Respecto a los trabajos especialmente peligrosos se declara en la Directiva que serán los Estados miembros los que tendrán la facultad de prohibir que se recurra a trabajadores temporales para cubrirlos, definidos dichos trabajos peligrosos conforme a la legislación de cada país. En el caso de que el Estado miembro no haga uso de esta última facultad sólo debe, a tenor de esta Directiva, establecer para estos trabajadores temporales un *“control médico especial adecuado”*, pudiendo incluso extenderse dicho control más allá del término de la relación laboral, si así lo consideran oportuno los Estados miembros⁵⁰⁰.

En estos concretos casos que estudiamos si bien el trabajador puede hacer uso de la facultad prevista en el artículo 14.2 de la Directiva marco (89/391) y someterse a una *“vigilancia de la salud a intervalos regulares”*, lo cierto es que la norma no define lo que debe entenderse por intervalos regulares y, por supuesto, no garantiza el conocimiento de esta cláusula por los propios trabajadores interesados.

Se observa por tanto, que en una materia de especial importancia como es la protección respecto a trabajos que puedan calificarse como peligrosos se dejan muchos aspectos al arbitrio de los Estados miembros, lo que va a provocar ausencia de uniformidad en la materia- una vez más- por respetar la soberanía de dichos Estados. Si esto lo relacionamos con la posición que la mujer ocupa en el mercado de trabajo, en el sentido de ser con frecuencia titular de contratos temporales, llegamos a la conclusión de que el sistema de protección previsto en el Derecho comunitario, una vez que es transpuesto a los derechos nacionales, resulta poco eficaz para protegerla en caso de embarazo, parto o

⁵⁰⁰ Sobre esta materia puede consultarse MIÑARRO YANINI, M. *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, Madrid, 2002. En esta obra se realiza un estudio tanto de la normativa española como de la normativa europea.

lactancia y muy especialmente en trabajos que puedan considerarse peligrosos para la salud de estas trabajadoras. Esto se produce porque a la imprecisión de este Derecho comunitario en materia de protección de la salud de los trabajadores temporales, se puede unir una vez más el arbitrio de los Estados miembros en la transposición de esta Directiva del año 1991⁵⁰¹.

Los inconvenientes que estamos comentando se salvan, en gran parte, porque de acuerdo con el Informe que la Comisión Europea presentó en 1999 sobre el estado de aplicación de la Directiva 92/85 que estudiaremos a continuación, esta última norma se aplica tanto en el sector privado como en el público y con independencia del tipo de contrato que se tenga, ya sea indefinido o temporal. Si esto lo relacionamos con la eficacia directa que se le ha atribuido a dicha Directiva por este Tribunal –como también veremos a continuación– los efectos del contenido mínimo de la Directiva 91/383 y de la arbitrariedad de los Estados miembros se minimizan, ya que las trabajadoras temporales se protegen a tenor de la Directiva del año 1992 y no sólo a través de esta norma que ahora comentamos.

Si analizamos esta norma desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, se echa en falta una atención a las parcelas públicas y privadas que venimos defendiendo en esta investigación, incluso a la parcela pública de las mujeres que, como también hemos señalado ya, es la única contemplada en el seno de esta Política que ahora estudiamos, con los consiguientes desequilibrios que esto provoca.

De cualquier forma estos efectos como decimos se reducen gracias a las reglas de aplicación del Derecho Comunitario que permiten, en ocasiones, la aplicación directa de una norma siempre que tengan un contenido claro y conciso, y esto es lo que ocurre con esta materia que ahora analizamos y respecto de la cual no podemos olvidar que son normas de mínimos como ocurre con todas las disposiciones del Derecho Comunitario.

Por tanto la valoración que desde el Feminismo de la Diferencia podemos hacer de esta Directiva 91/383/CEE queda en parte desvirtuada por esa disposición contenida en la Directiva 92/85/CE, referida a su aplicación tanto a los trabajadores temporales como los indefinidos. También podemos pensar que el legislador comunitario no quiso profundizar más en estas cuestiones, ya que estaba prevista ya en estas fechas la aprobación de la que luego sería la norma fundamental en esta materia, nos referimos a la Directiva del año 1992.

Al margen de esto el análisis aislado de la Directiva del año 1991 arroja un tratamiento muy humilde de la perspectiva que defendemos en este

⁵⁰¹ Para ampliar esta información véase RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. "Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria". *Relaciones Laborales*, Tomo 1991-I, págs. 158 y ss. De este mismo autor puede consultarse "Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal". *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1992, págs. 343 y ss. RODRIGUEZ RAMOS, P. "La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales", *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1992, págs. 218 y ss. PÉREZ GUERRERO, M. L. "La prevención de riesgos laborales en las Empresas de Trabajo Temporal". *Aranzadi Social*, nº 6, 1996, págs. 40 y ss.

trabajo, ya que se limita a declarar el derecho del trabajador temporal a recibir información sobre los riesgos que conlleva la actividad que va a desempeñar y los conocimientos que precisa tener para desempeñarla, dejando el resto de cuestiones al arbitrio de la intervención de los Estados miembros. Es evidente que en esta norma no se ha tenido en cuenta ni la perspectiva de género ni el método para conseguir la Igualdad de Género, no se ha analizado el impacto que el trabajo temporal tiene para hombres y mujeres.

C) Tomando como base los artículos 15 y 16 de la Directiva Marco, además de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de 1989⁵⁰², se ha aprobado la Directiva 92/85, del Consejo de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE).

En cuanto al contenido de esta Directiva es preciso destacar varios aspectos relacionados con el objeto de nuestro estudio. En primer lugar, que las mujeres constituyen un colectivo con necesidades bastante homogéneas. Como algún autor ha señalado *"con esta Directiva se cubre una deficiencia que ya había sido puesta de manifiesto por el Programa de acción para la aplicación de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los trabajadores (del año 1989), el cual establecía en el punto 8 que hasta ese momento la Comisión se había ocupado de la seguridad y de la higiene de la mujer en el lugar de trabajo, en el contexto de la protección de los trabajadores en general, lo cual no había sido suficiente ya que no había tenido en cuenta los problemas de la mujer embarazada en su lugar de trabajo que contengan prescripciones mínimas a escala comunitaria"*⁵⁰³.

En segundo lugar, su artículo 1.2 señala que la Directiva Marco será de aplicación a las trabajadoras que resultan protegidas por esta norma del año 1992, excepto lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva Marco, el cual se refiere a la no aplicación de esa Directiva Marco, previa justificación, a determinadas actividades de la función pública entre las que sita a las fuerzas armadas, policía y servicios de protección civil. *A sensu contrario*, deberíamos interpretar que la Directiva del año 1992 sí se aplica a estos colectivos respecto a la maternidad, es decir, la protección de la maternidad en la función pública se rige por esta norma comunitaria con independencia de que el resto de aspectos relativos a la seguridad y salud de los trabajadores sean regulados por sus normas específicas, y ello porque el único precepto que no se aplicaría sería el artículo 2.2 de la Directiva Marco el cual establece una exclusión no aplicable en este caso.

⁵⁰² En concreto, esta Carta de 9 de diciembre de 1989, establece en su punto 19 que *"todo trabajador debe disfrutar en su medio de trabajo de condiciones satisfactorias de protección de su salud y de su seguridad. Deben adoptarse medidas adecuadas para proseguir la armonización en el progreso de las condiciones existentes en este campo"*.

⁵⁰³ Señalan MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A. y PARDELL VEÁ, A. *"La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de Riesgos Laborales"*. *op. cit.*, pág. 480.

A esto añade el punto tercero de este artículo que estas previsiones se entienden sin perjuicio de la regulación más estricta sobre la materia que pueda existir en los Estados miembros ya que - en ningún caso- la mujer que se encuentre en alguna de las situaciones protegidas tendrá pérdida del nivel de protección reconocido en su país. Esto se corresponde con lo que decíamos al principio de nuestra investigación en el sentido de que las políticas que estamos estudiando constituyen regulaciones de mínimos susceptibles de ser mejoradas por los derechos nacionales.

En tercer lugar, el artículo 2 de la Directiva 92/85 proporciona los conceptos de trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia⁵⁰⁴, pero sólo a los efectos de esta Directiva, resulta cuanto menos llamativo que se recojan en una misma norma y con la misma protección estas tres situaciones en las que se pueden encontrar las mujeres: embarazo, parto y lactancia.

Ya al margen del ámbito de aplicación llama también la atención en estos conceptos la necesidad, para considerar que una mujer está embarazada, de que comunique al empresario su estado, *“con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”*⁵⁰⁵. Por tanto, la comunicación al empresario se convierte en un requisito *sine qua non* para que se ponga en marcha el sistema de protección de la maternidad y por extensión de la mujer durante el período de embarazo.

Esta necesidad de comunicación para que se ponga en marcha el mecanismo de protección plantea diferentes dudas, por ejemplo, cómo se debe realizar dicha comunicación, cuáles son sus requisitos, forma, plazo, si esta forma de comunicación debe ser la misma según se trate de informar sobre el estado de gestación, del parto o de la lactancia, etc.

Sobre estos aspectos la Comisión europea ha considerado que las diferencias que puedan llegar a existir en las definiciones nacionales sobre el concepto de trabajadora a estos efectos, pueden dar lugar a amplias divergencias entre los Estados miembros, ya que los plazos, formas, etc., de comunicación van a ser diferentes. Además de lo anterior es preciso añadir que la obligación de informar

⁵⁰⁴ El concepto de trabajadora que haya dado a luz recientemente varía enormemente entre los diversos Estados miembros, desde los dos meses después del parto en Grecia a los seis meses en el Reino Unido; lo mismo sucede con la definición de trabajadora en período de lactancia, desde seis meses después del parto en Irlanda a un año en Grecia.

⁵⁰⁵ En el informe realizado por la Comisión europea sobre la aplicación de esta Directiva y que será analizado posteriormente, se destaca sobre este particular que *“la mayoría de los Estados miembros no definen el concepto de trabajadora embarazada, pero algunos sí lo hacen con las otras dos categorías. Luxemburgo constituye una excepción, pues define a la trabajadora embarazada como aquella que se encuentra en tal estado e informa de ello a la empresa mediante certificado médico enviado por correo certificado, si está afiliada a un régimen de seguridad social en Luxemburgo. El requisito de afiliación como criterio de inclusión en la Directiva es contrario a la letra a) del artículo 2, que excluye la posibilidad de imponer condición alguna. Tal requisito sólo podría admitirse en conexión con el pago de la retribución durante el permiso por maternidad o por razones de salud, según se dispone en el apartado 4 del artículo 11. La Comisión ha decidido iniciar un nuevo procedimiento de infracción contra Luxemburgo a causa de este incumplimiento de la Directiva. En el caso de Grecia, las trabajadoras que han dado recientemente a luz son aquellas que lo han hecho en los dos meses anteriores, y por trabajadoras en período de lactancia se entiende aquellas que amamantan a sus hijos hasta que cumplen un año. Del mismo modo, en Irlanda, “haber dado a luz recientemente” significa en las 14 semanas anteriores y el período de lactancia abarca los seis meses siguientes al parto. En Portugal, el primer concepto significa hasta 98 días, en Suecia, 14 semanas y en el Reino Unido, seis meses. En España se considera que las mujeres amamantan durante nueve meses.”*

a la empresa también plantea una cuestión general en todos los Estados miembros.- ¿si es evidente que la mujer está embarazada pero no lo ha comunicado formalmente al empresario, queda excluida del ámbito de protección de la Directiva, aunque en la práctica ese empresario tenga constancia del embarazo?

Todo esto hace que sea necesario reflexionar sobre este aspecto para hallar una solución a este problema, ya que la obligación de la mujer trabajadora de informar a la empresa según el procedimiento propio del país no sólo produce diferencias de trato de un país a otro, sino que podría limitar sustancialmente la protección ofrecida por la Directiva comunitaria⁵⁰⁶.

Esta limitación que acabamos de comentar también puede ser objeto de una interpretación más positiva, es decir, lo que se pretende con la misma es proteger no sólo la salud de la mujer embarazada sino también su empleo⁵⁰⁷, ya que esa comunicación hace que se ponga en marcha el mecanismo de la inversión de la carga de la prueba debiendo el empresario, en caso de despido⁵⁰⁸, de no contratación o de no renovación, justificar que su comportamiento se debe a hechos no relacionados con el estado de la mujer, debiendo alegar por tanto otra causa que sea justa y objetiva.

El Tribunal de Justicia europeo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto en varias ocasiones, así destaca la Sentencia de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99⁵⁰⁹, en la cual se aborda el tema tanto de la comunicación del embarazo como de la eficacia directa de la Directiva 92/85⁵¹⁰.

Se trata de un supuesto complejo en el cual no consta ni la fecha ni la forma de comunicación del embarazo al empresario, aunque sí se dice que éste estaba al tanto de su existencia. Además se destaca como la interesada fue titular de varios contratos de trabajo temporales y a tiempo parcial, el último de los cuales llegado a su fin no se renueva, pero sin embargo de forma inmediata se le ofrece otro contrato de sustitución por vacaciones de otro trabajador, el

⁵⁰⁶ En este sentido puede consultarse CAVAS MARTÍNEZ, F. "Maternidad y salud laboral: Comentario a la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia". *Noticias de la Unión Europea*, nº 127/128 de 1994. GARRIGUES JIMÉNEZ, A. *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. Colección de Estudios del CES, Madrid, 2004, pág. 56 y ss.

⁵⁰⁷ Además de la salud de los recién nacidos, aspecto discutible si se tiene en cuenta que la base legal para la aprobación ha sido el artículo 118 A del Tratado, en su versión originaria y este precepto no protege este bien jurídico. Así lo ha puesto de manifiesto SZYSZCZAK, E. "La significación y alcance de la directiva sobre protección de la maternidad", Traducido por Carmen Romero en la obra colectiva CRUZ VILLALÓN, J. (coordinación) *La Igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. op. cit., pág. 238.

⁵⁰⁸ Aunque como señala algún autor esta protección frente al despido ya estuviera contemplada en la Directiva 76/207, siendo frecuente "que ambas directivas combinen sus efectos en los asuntos que sobre el tema se presentan ante el Tribunal de Justicia". ARCE, J.C. op. cit., pág. 82.

⁵⁰⁹ Concretamente conflicto planteado entre M. Luisa Jiménez Melgar y Ayuntamiento de los Barrios.

⁵¹⁰ Sobre este aspecto puede consultarse también FABREGAT MONFORT, G. "¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Unión Europea de 27 de febrero de 2003 asunto C-320/2001" *Revista de Derecho Social*, nº 24 de 2003, Ediciones Bomarzo, págs 30 y ss. CARDONA RUBERT, M^a.B. *Protección a la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 80 y ss.

cual la interesada rechaza por considerar que había sido despedida anteriormente por motivos relacionados con su embarazo. Aquí el Tribunal además de reconocer la eficacia directa de la Directiva en cuestión, en el supuesto de que un Estado miembro no haya incorporado a su ordenamiento su contenido, diferencia entre la no renovación de un contrato temporal y el despido⁵¹¹, considerando que la simple falta de renovación no puede considerarse discriminatoria sino que será preciso aportar indicios de que la misma se ha producido por motivos relacionados con el embarazo de la trabajadora, pero sin que funcione de forma automática el mecanismo de protección frente a las discriminaciones. En el supuesto de que dichos indicios existan las consecuencias jurídicas de ese comportamiento son las mismas que en el despido nulo, es decir, readmisión obligatoria en su puesto de trabajo⁵¹².

Por tanto y de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo⁵¹³, la mujer que acceda a un puesto de trabajo puede no comunicar, al menos inicialmente, su estado de embarazo al empresario con el fin de evitar la pérdida de su empleo, y en el caso de que lo haga el empresario no puede dejar de seleccionar a la trabajadora basándose en dicho estado.

⁵¹¹ En el asunto C- 438/99 comentado más arriba se señala, en relación con este aspecto y con las causas que justificaban un despido que: *"la Directiva no impone a los Estados miembros la obligación de elaborar una lista especial de las causas de despido que, por vía de excepción, se admitirán respecto a las trabajadoras embarazadas, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia. Sin embargo, dicha Directiva, que contiene disposiciones mínimas, no excluye en modo alguno la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas, pero no es una obligación para el Estado miembro"*. Además se añade que *"aunque la prohibición de despido prevista en el artículo 10 de la Directiva 92/85, se aplica tanto a los contratos de trabajo de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido, la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido por dicha disposición. No obstante, en la medida en que la falta de renovación de un contrato de trabajo de duración determinada esté motivada por el embarazo de la trabajadora, constituye una discriminación directa por razón de sexo, contraria a los artículos 2, apartado 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 76/207"*.

⁵¹² Concretamente, la interesada titular de sucesivos contratos a tiempo parcial celebrados con el mencionado Ayuntamiento, desde junio de 1998 hasta junio de 1999, recibe una notificación de extinción del contrato del siguiente tenor: *«[...] de acuerdo con los términos previstos en su contrato, éste finaliza el próximo 2 de junio de 1999. No obstante, durante el transcurso del plazo legal de comunicación del término de su contrato, se le anunciaría la posibilidad, si existiese, de la prórroga o renovación del mismo, debiéndose pasar por nuestras Dependencias de Personal para proceder, en su caso, a la firma de la correspondiente prórroga o renovación antes del próximo día 2 de junio de 1999 o bien, hacerse cargo de la liquidación que le correspondiere por la extinción del contrato laboral referido [...]»* En ninguno de los contratos firmados por la interesada se había fijado fecha de finalización, además el contenido de este escrito era idéntico al de los que se habían enviado anteriormente a la Sra. Jiménez Melgar para comunicarle la extinción de los tres contratos precedentes. Mientras tanto, el Ayuntamiento había sido informado del embarazo de la Sra. Jiménez Melgar, aunque no consta en autos la fecha exacta de la comunicación. El niño nació el 16 de septiembre de 1999. El 7 de junio de 1999 se celebró una reunión con la Sra. Jiménez Melgar para reconducir su relación laboral mediante la firma de un quinto contrato de trabajo a tiempo parcial para sustituir durante las vacaciones a miembros del personal de su misma categoría. El comienzo del contrato se fijó en el 3 de junio. Sin embargo, la Sra. Jiménez Melgar se negó a firmarlo y, al día siguiente, dirigió una carta de reclamación al Ayuntamiento, en la que alegaba que su anterior contrato con este último no se había extinguido, ya que fue despedida de forma discriminatoria y con vulneración de sus derechos fundamentales. Por consiguiente, afirmaba, no debía suscribirse un nuevo contrato, sino que procedía simplemente su reincorporación a su puesto de trabajo. Sobre la aplicación del artículo 10 de la Directiva (prohibición de despido), se declara que *"produce efecto directo y debe interpretarse en el sentido de que, en caso de que un Estado miembro no haya adoptado medidas de adaptación de su Derecho interno en el plazo señalado por la citada Directiva, confiere a los particulares derechos que éstos pueden invocar ante un órgano jurisdiccional nacional contra las autoridades de dicho Estado"*.

⁵¹³ A modo de ejemplo, pueden destacarse otras sentencias: la STJCE de 27 de febrero de 2003, asunto C-320/01, WEBKE BUSCH y KLINILUM NEUSTADT GMBH & CO. BETRIEBS.KG. En este supuesto una mujer que trabajaba para esta clínica solicita la reincorporación a su puesto de trabajo estando disfrutando del permiso de maternidad y de las prestaciones económicas por crianza de hijo, el motivo parece ser que ante su nuevo embarazo pretendía estar ocupada activamente en el momento del nacimiento de su hijo, para que se le reconociera el llamado subsidio de maternidad

A esta conclusión se llega por el razonamiento siguiente, si el empresario no puede tomar en consideración el embarazo de la trabajadora para la aplicación de las condiciones de trabajo de ésta, para contratarla o no, la interesada no tendría que estar obligada a informar al empleador de que está encinta, y ello porque el perjuicio económico padecido por el empresario en relación con el estado de la trabajadora no puede en ningún caso justificar una discriminación por razón de sexo, y tampoco podría el empresario invocar un error sobre el embarazo de la interesada que, supuestamente, haya viciado su consentimiento para dicha reincorporación. Conforme a este planteamiento por tanto puede ser irrelevante la comunicación del embarazo al empresario, aunque como analizaremos a continuación esto no es realmente así.

En cuarto lugar, señala la Directiva del año 1992 que los empresarios deberán, previa evaluación de los riesgos que se podrían producir en la empresa⁵¹⁴, determinar la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras a un determinado riesgo con el fin de precisar las medidas a adoptar para evitarlo. Asimismo, habrá que diferenciar los riesgos en función de las tres situaciones protegidas por esta Directiva.

En este sentido, la Comisión europea ha señalado que *"es preciso recordar que los riesgos pueden variar en función de si las trabajadoras están embarazadas, han dado a luz recientemente o están en período de lactancia. En esta categoría de trabajadoras se incluye, por ejemplo, al personal de mantenimiento y limpieza, y puede ser necesario establecer una colaboración entre los empresarios cuando el personal al servicio de un empresario trabaja en los locales de otro, por ejemplo en el caso de la subcontratación [...]"*⁵¹⁵.

más sus complementos lo que permitían incrementar la cantidad finalmente recibida. Tras su solicitud de reincorporación aceptada por el empresario, la interesada se incorpora con siete meses de embarazo a realizar tareas sin que comunique al empresario su estado. Estas tareas, en principio, eran incompatibles con su estado, al necesitar de esfuerzos físicos, razón por la cual la empresa revoca su decisión de aceptar su solicitud de reincorporación. En primer lugar, se señala que, si el empresario toma en cuenta el embarazo de una trabajadora para negarle la reincorporación a su puesto de trabajo antes de finalizar el permiso parental para crianza, se produce una discriminación directa por razón de sexo (véanse, a propósito de una negativa de contratación, las sentencias Dekker y Mahlburg, y a causa de un despido, las sentencias Webb y Tele Danmark).

⁵¹⁴ Será la Comisión en colaboración con los Estados miembros la que establezca las directrices para la evaluación de los riesgos que puedan afectar a la mujer trabajadora. Entendiendo por riesgo los producidos por agentes químicos, físicos biológicos, por movimientos, posturas, fatiga mental y física, etc. Estas directrices serán remitidas por los Estados miembros a los empresarios para que estos puedan realizar la oportuna evaluación de riesgos. El artículo 3 de la Directiva 92/85, establece también la obligación de los Estados de comunicar estas directrices a las trabajadoras y/o a sus representantes. Y el artículo 4.2 lo reitera pero en este caso el obligado es el empresario y se refiere ya al resultado de la concreta evaluación de riesgos no a las directrices.

⁵¹⁵ Comunicación de la Comisión sobre las directrices para la evaluación de los agentes químicos, físicos y biológicos, así como los procedimientos industriales considerados como peligrosos para la salud o la seguridad de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. COM (2000) 466 final de 5 de octubre de 2000. Algunos de los riesgos que se citan son: *"la posible exposición a situaciones en las que haya violencia en el trabajo. La exposición al riesgo de violencia en el trabajo puede ser perjudicial para una mujer embarazada, que haya dado a luz recientemente o que esté en período de lactancia y puede dar lugar a un desprendimiento de la placenta, un aborto, un parto prematuro o bajo peso al nacer, además de reducir la capacidad de lactancia. Este riesgo afecta principalmente a las trabajadoras que están en contacto directo con clientes. Pueden existir factores adicionales de estrés relacionado con el trabajo cuando se intensifica la ansiedad que puede experimentar una mujer con respecto a su embarazo o al resultado de éste (por ejemplo, cuando existen antecedentes de aborto, muerte fetal u otras anomalías) como resultado de la presión de los colegas o de otras presiones en el lugar de trabajo. Algunos estudios establecen una relación entre el estrés y una mayor incidencia de abortos y la reducción de la capacidad de lactancia"*. También se destaca como *"El*

Además prevé esta Directiva que el empresario deberá proceder a evaluar de nuevo los riesgos para las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, cuando se produzcan cambios en la estructura o funcionamiento de la empresa. Si bien es probable que las contingencias sean las mismas, a pesar de esos cambios, existe la posibilidad de que los efectos nocivos sobre el feto varíen en las diferentes fases del embarazo. Entre los riesgos más comunes que pueden afectar a la mujer embarazada o en período de lactancia se destaca la fatiga mental y física, especialmente en casos de jornadas de trabajo prolongadas, de trabajos a turnos y de trabajo nocturno. Aunque también es cierto que no todas las mujeres se ven afectadas de la misma manera, por lo que los riesgos asociados a un puesto de trabajo varían según el tipo de trabajo, las condiciones en las que se realice y la persona en cuestión.

En relación con esto último, el artículo 3 de la Directiva comentada establece expresamente que en las directrices que la Comisión, junto con los Estados miembros, debe establecer para evaluar los posibles riesgos a los que están sometidas estas mujeres, se deben tener en cuenta *“los movimientos y las posturas, la fatiga mental y física y las demás cargas físicas y mentales relacionadas con la actividad de estas trabajadoras”*.

Otros aspectos de las relaciones laborales a tener en cuenta a la hora de proteger la salud laboral son, por una parte, el tiempo de trabajo, ya que la organización del trabajo (pausas, su frecuencia y periodicidad)⁵¹⁶ puede afectar

humo del tabaco es mutagénico y cancerígeno y constituye un riesgo conocido para el embarazo cuando la madre fuma. Los efectos del tabaquismo pasivo están menos claros aunque parece seguro que afectan al corazón y a los pulmones y constituyen un peligro para la salud del niño. El humo del tabaco es también un sensibilizador respiratorio asociado al asma que en algunos casos puede tener su origen en la gestación. La necesidad de descanso físico puede exigir la existencia de instalaciones que permitan a la trabajadora embarazada sentarse o tumbarse cómodamente, con cierta intimidad y sin que se la moleste, a intervalos adecuados. Debe sensibilizarse a las embarazadas respecto del peligro del tabaquismo, incluso pasivo. Si no hay normas que prohíban fumar en las zonas comunes —como zonas de descanso y cantinas— el empresario deberá tener en cuenta los posibles riesgos de la exposición de las embarazadas al humo de cigarrillos y adoptar, si fuera necesario, medidas preventivas y de protección”. Además se destaca el “riesgo de infección o de enfermedades del riñón como resultado de instalaciones sanitarias poco adecuadas, cuando no se dispone de un acceso fácil a los servicios (y otras instalaciones sanitarias de este tipo) en el lugar de trabajo debido a la distancia, a los procedimientos, a los sistemas de trabajo, etc., pueden aumentar los riesgos para la salud y la seguridad, entre otros, un riesgo mayor de infección y de enfermedades del riñón. Debido a la presión en la vejiga y a otros cambios asociados con el embarazo, las embarazadas se ven a menudo obligadas a utilizar los servicios con mayor frecuencia y urgencia que los demás trabajadores”. Las mujeres en período de lactancia pueden verse también afectadas por este mismo problema debido a la mayor ingestión de líquidos para favorecer la producción de leche materna de calidad. Otros pueden provenir de “Peligros derivados de instalaciones poco apropiadas o de la ausencia de las mismas. El acceso a instalaciones apropiadas para la extracción y almacenamiento de la leche materna, o que permitan a las madres amamantar a los niños en el lugar de trabajo o cerca de éste, puede facilitar a las trabajadoras la lactancia además de proteger notablemente la salud tanto de la madre como de su hijo, etc..”.

⁵¹⁶ Como señala la Comisión *“debido a los cambios de la presión arterial que pueden ocurrir durante y después de la gestación y el parto, es posible que las disposiciones habituales relativas a las pausas no sean apropiadas para las mujeres embarazadas o que han dado a luz. El cansancio provocado por el trabajo realizado de pie o por otras actividades físicas se ha asociado desde hace tiempo con el aborto, el parto prematuro y el bajo peso al nacer. El trabajo en espacios reducidos o en puestos que no se adaptan suficientemente al aumento de volumen, en especial durante las últimas fases del embarazo, puede resultar peligroso y dar lugar a tensiones o esguinces. La destreza, la agilidad, la coordinación, la rapidez de movimientos, la capacidad para alcanzar objetos y el equilibrio también pueden disminuir y es necesario prever un aumento del riesgo de accidentes. Vigilar que el tiempo de trabajo y el volumen y ritmo de trabajo no sean excesivos y que, en la medida de lo posible, las propias trabajadoras puedan influir en cierta medida en la organización del trabajo. Asegurar la disponibilidad de asientos en caso de necesidad. El cansancio puede evitarse o reducirse si es posible hacer pausas más largas o más frecuentes durante el tiempo de trabajo.”* El descanso es un factor importante para las mujeres embarazadas o que han dado a luz recientemente. El cansancio aumenta durante y después de la gestación y puede exacerbarse debido a factores de origen profesional. La necesidad de reposo es tanto física como mental. COM (2000) 466 final de 5 de octubre de 2000.

a la salud de la trabajadora embarazada y a la del feto, a su recuperación tras el parto o a su capacidad para la lactancia, y pueden aumentar los riesgos de padecer estrés y enfermedades relacionadas con el estrés⁵¹⁷.

Y por otra parte, debemos tener en cuenta tanto la posición que la mujer adopta en su puesto de trabajo (posturas)⁵¹⁸ como su alimentación. Aunque esto último no esté directamente relacionado con la organización del trabajo, sí lo está indirectamente en función de los tiempos de descanso y comida⁵¹⁹ que se le concedan a la trabajadora⁵²⁰.

⁵¹⁷ También señala la Comisión europea que *“las trabajadoras embarazadas o que han dado a luz recientemente, pueden verse particularmente afectadas por el estrés profesional, por diversas razones: durante y después de la gestación se producen cambios hormonales, fisiológicos y psicológicos, a veces de manera brusca, que pueden afectar a las personas más vulnerables al estrés, la ansiedad o la depresión; los cambios en la situación económica que trae consigo el embarazo pueden repercutir en una inseguridad financiera, emocional y profesional, especialmente si la cultura de la empresa es propicia a este fenómeno. Cuando adopten las medidas necesarias, los empresarios tendrán en cuenta los factores de estrés conocidos (como la organización del trabajo por turnos, la inseguridad en el empleo, las cargas de trabajo, etc.), así como los factores médicos y psicosociales particulares que afectan a cada mujer”*. COM (2000) 466 final de 5 de octubre de 2000

⁵¹⁸ Sobre los riesgos para las mujeres embarazadas o en período de lactancia añade la Comisión Europea que *“el trabajo realizado a determinada altura, por ejemplo, sobre escaleras, plataformas, etc., puede resultar peligroso para las trabajadoras embarazadas. El empresario debe garantizar que las embarazadas no trabajen a determinada altura. También cuando trabajan en solitario, las trabajadoras embarazadas están más expuestas al riesgo que los demás trabajadores, sobre todo si se caen o si necesitan atención médica urgente.”* En cuanto a otro tipo de actividades que se realizan de pie la Comisión declara que *“los cambios fisiológicos que se producen durante el embarazo (aumento del volumen sanguíneo y sistólico, dilatación general de los vasos sanguíneos y posible comprensión de las venas abdominales o pélvicas), favorecen una congestión periférica cuando la embarazada permanece de pie. La comprensión de las venas puede reducir el reflujo venoso sobre la pelvis, lo que provoca una aceleración compensatoria del ritmo cardíaco de la madre y contracciones uterinas. Cuando la compensación es insuficiente, se pueden sufrir vértigos y desmayos. Permanecer de pie (y/o andar) largos períodos durante la jornada de trabajo contribuyen también al riesgo de parto prematuro. Asegurar la disponibilidad de asientos en caso de necesidad. No es aconsejable permanecer constantemente de pie o en posición sentada y se deben alternar ambas posturas. Si esto no es posible, deberían proponerse pausas”*. Por el contrario cuando la actividad se realiza sentada *“los cambios que afectan a los factores de coagulación durante el embarazo y la comprensión mecánica de las venas de la pelvis por el útero plantean un riesgo relativamente elevado de trombosis o embolia. Cuando la mujer embarazada permanece sentada durante mucho tiempo, la presión de la sangre en las venas de las piernas aumenta considerablemente pudiendo provocar dolores y edema. El aumento de la lordosis lumbar debido al aumento de la circunferencia abdominal puede causar dolores musculares en la región lumbar y la espina dorsal, fenómeno que puede intensificarse cuando se permanece en una misma posición durante un período de tiempo prolongado. Ausencia de zonas de descanso y otras instalaciones similares”*. Todos estos riesgos y sus consecuencias pueden consultarse en el Documento de la Comisión COM (2000) 466 final de 5 de octubre de 2000.

⁵¹⁹ En este sentido se han publicado una serie de obras de carácter divulgativo indicando los consejos básicos que se deben seguir al respecto. Entre otras podemos citar las publicadas por GADEA, R. *Locales de trabajo: edificios, instalaciones y servicios*. Comisiones Obreras, Gabinete de Salud Laboral, Madrid, 1994. GONZÁLEZ GARCÍA, A. *Estrés*. Comisiones Obreras, Gabinete de Salud Laboral, Madrid, 1993. BOIX, P. *Esfuerzo físico y postural*. Comisiones Obreras, Gabinete de Salud Laboral. Madrid.1993. COMISIONES OBRERAS. *Salud laboral: diferencia de género*. Madrid, 2001. BUENDÍA VIDAL, J. *Estrés laboral y salud*. Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1998. GARCÉS DE LOS FAYOS RUIZ, E y NIETO GARCÍA, G. *Estrés profesional y salud laboral*. Picking Pack Service Point, Murcia, 1997. DURÁN, M.A., SIERRA YOLDI, I. y TORADA, R. *Uso del tiempo, inmigración y salud laboral: nuevos temas sobre mujer y ocupación*. Editorial Germania, Alzira, 2001. LLACUNA MORERA, J. *La seguridad y la salud laboral como materia de enseñanza transversal*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo, Madrid, 1998. INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO. *El trabajo y tu salud*. Madrid, 2005.

⁵²⁰ En este sentido podemos destacar los *“peligros derivados de una alimentación poco apropiada. Una alimentación adecuada y la ingestión de líquidos (principalmente de agua potable) en intervalos regulares son esenciales para la salud de la mujer embarazada o la que ha dado a luz recientemente y la de sus hijos. Tanto el apetito como la digestión se ven afectados por los horarios, la frecuencia y la duración de las pausas para el almuerzo y de otras oportunidades para comer o beber, y esto también afecta a la salud del feto. Estas circunstancias se deben a las alteraciones hormonales y fisiológicas que ocurren durante y después del embarazo, incluidos los que dan lugar o influyen en los mareos matinales (generalmente en los primeros meses de embarazo), en la posición del feto en el útero, en las necesidades nutricionales de cada mujer y las del feto o del lactante, etc.”*. También debemos destacar que *“las embarazadas pueden necesitar con mayor frecuencia pausas para el almuerzo y un acceso más frecuente al agua potable y a otras bebidas sin alcohol y es posible que únicamente toleren la ingestión frecuente de alimentos en cantidades pequeñas en vez de*

En el supuesto de que se considere que alguno de los riesgos previstos puede materializarse y por tanto afectar a la mujer embarazada o lactante, el empresario debe adoptar medidas preventivas que se estructuran en un triple nivel. Si se detecta algún riesgo para la trabajadora que se encuentre en alguna de las situaciones protegidas por esta norma, el empresario, en primer lugar, debe intentar adaptar provisionalmente las condiciones y puesto de trabajo de la mencionada trabajadora. Si esto no fuera posible “técnica y/u objetivamente” o no pudiera “razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados”, el empresario deberá cambiar de puesto de trabajo a la afectada. Si también esto fuera imposible “técnica y/u objetivamente” o no pudiera “razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados”, se dispensará a la trabajadora afectada de prestar servicios. Añade la Directiva que esto se hará “*con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales, durante todo el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud*”.⁵²¹

Estas últimas referencias de la normativa que estudiamos son para evitar los riesgos que pueden afectar a la mujer, al feto y a su estado de embarazo, sin que como es lógico exista ninguna referencia al varón⁵²². Además de esto, la mencionada Directiva prohíbe, en términos absolutos, el trabajo de la mujer embarazada o lactante cuando la prestación de servicios la obligue a realizar alguna de las actividades especialmente peligrosas y que están prohibidas en los anexos I y II de la citada norma⁵²³. Sin embargo, en el supuesto de que una trabajadora estuviera desempeñando una de estas actividades especialmente peligrosas, según estos anexos, y quedara embarazada o empezara el período de lactancia e informara de ello al empresario, se aplicarían los tres niveles de protección antes mencionados, es decir, primero se intentaría cambiar las

en grandes cantidades a las horas habituales de las comidas. Sus hábitos y preferencias alimentarias pueden cambiar, especialmente en los primeros meses de embarazo, no sólo debido a las náuseas matinales sino también a los malestares propios de las últimas fases del embarazo. Las necesidades particulares de las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz recientemente por lo que se refiere a las pausas para descansar, comer y beber deberán establecerse con las interesadas. Es posible que estas necesidades cambien a medida que evoluciona el embarazo. Deben adoptarse medidas de protección para hacer frente a esas necesidades, en particular en lo concerniente a pausas para descansar, comer y beber, así como para mantener una higiene apropiada”. Como puede comprobarse la Comisión ha estudiado ampliamente todos estos riesgos que afectan a la mujer embarazada de forma prioritaria. COM (2000) 466 final de 5 de octubre de 2000.

⁵²¹ En el caso de España esta suspensión se conoce con el nombre de Riesgo por embarazo que lleva aparejada una prestación de Seguridad Social.

⁵²² En cuanto a la clasificación de estos riesgos algunos autores destacan varios tipos o grupos: “1) factores que definen el ambiente fuera y dentro de la fábrica: temperatura, iluminación, ruido, humedad y ventilación; 2) factores de riesgo característicos de la fábrica: polvos, gases, vapores, humos y sustancias químicas sólidas o líquidas; 3) fatiga derivada del esfuerzo físico; 4) restantes factores que causan cansancio: ritmos de trabajo, monotonía y repetitividad, posiciones incómodas, tensión nerviosa y responsabilidad inadecuada. Todo esto encaja con la definición sobre salud proporcionada por la Organización Mundial de la salud que la entiende como “bienestar físico, psíquico y social”. FELIX VILLAR, M. “Salud laboral y condiciones de trabajo” en el libro *Mujer, trabajo y salud*. BARAÑANO, M. (coordinadora). op. cit., pág. 95 y 96.

⁵²³ ANEXO I. Lista no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo causantes del riesgo: (artículo 4.1). A. Agentes: se distingue agentes físicos, biológicos y químicos. 1). Agentes físicos: cuando se considere que puedan implicar lesiones fetales y/o provocar un desprendimiento de la placenta, en particular: a) Choques, vibraciones o movimientos; b) Manutención manual de cargas pesadas que supongan riesgos, en particular dorsolumbares; c) Ruido; d) Radiaciones ionizantes; e) Radiaciones no ionizantes; f) Frío y calor extremos; g) Movimientos y posturas, desplazamientos (tanto en el interior como en el exterior del establecimiento), fatiga mental y física y otras cargas físicas vinculadas a la actividad de la trabajadora a que se refiere el artículo 2. 2). Agentes biológicos: Agentes biológicos de los grupos de riesgo 2, 3 y 4, en el sentido de los números 2, 3 y 4 de la letra d) del artículo 2 de la Directiva 90/679/CEE. En la medida en que se sepa que dichos agentes o las medidas terapéuticas que necesariamente traen

condiciones de trabajo, si esto no fuera posible, cambiar de puesto de trabajo y si finalmente tampoco esto resulta viable se reconocería la dispensa de trabajo.

Parece, por tanto, que existe una diferencia significativa, en el sentido de que si ya se está embarazada la prohibición de realizar cualquiera de esas actividades citadas en los anexos es absoluta, y si el embarazo se produce estando trabajando en alguna de esas actividades especialmente peligrosas se pone en marcha el sistema general para evitar riesgos (tres niveles de protección) pero no la prohibición absoluta⁵²⁴.

En la práctica sin embargo, y ante la habitual dificultad de adaptar las condiciones laborales parece que se acudiría al cambio de puesto de trabajo o a la dispensa en todo caso. Este sería un supuesto en el cual la comunicación del embarazo reportaría beneficios a la trabajadora desde el punto de vista del nivel de protección que se le concede. Por eso decíamos anteriormente que aunque la comunicación al empresario puede considerarse irrelevante, según alguna disposición legal y desde el punto de vista de las consecuencias para la trabajadora, otras previsiones legales como la que acabamos de comentar demuestran que esta cuestión no es baladí.

En quinto lugar y en cuanto al trabajo nocturno, en esta Directiva del año 1992 no se establece una prohibición categórica de realizarlo, lo que se establece es una obligación por parte de los Estados miembros de tomar medidas para que las trabajadoras protegidas por esta norma no se vean obligadas a realizar un trabajo nocturno durante las situaciones protegidas. Todo ello de acuerdo con la legislación nacional y previa certificación médica de la necesidad de no realizar ese trabajo nocturno⁵²⁵.

consigo ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido, y siempre que no figuren todavía en el Anexo II. 3). Agentes químicos: Los siguientes agentes químicos, en la medida en que se sepa que ponen en peligro la salud de las mujeres embarazadas y del niño aún no nacido y siempre que no figuren todavía en el Anexo II: a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II. b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE; c) Mercurio y derivados. d) Medicamentos antimicótico. e) Monóxido de carbono. f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal. B. Procedimientos: - Procedimientos industriales que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE. C. Condiciones de trabajo: Trabajos de minería subterráneos.

ANEXO II. *Lista no exhaustiva de los agentes y condiciones de trabajo que conllevan una prohibición de trabajar: (artículo 6). A. Trabajadoras embarazadas a que se refiere la letra a) del artículo 2. 1. Agentes: a) físicos; Trabajos en atmósferas de sobrepresión elevada, por ejemplo en locales a presión, submarinismo. b) biológicos: Toxoplasma.- Virus de la rubéola, salvo si existen pruebas de que la trabajadora embarazada está suficientemente protegida contra estos agentes por su estado de inmunización. c) químicos: - Plomo y derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano. 2. Condiciones de trabajo: Trabajos de minería subterráneos. y Trabajadoras en período de lactancia a que se refiere la letra c) del artículo 2: 1. Agentes: químicos: Plomo y sus derivados, en la medida en que estos agentes sean susceptibles de ser absorbidos por el organismo humano. 2. Condiciones de trabajo: Trabajos de minería subterráneos. Para modificar estos anexos con la intención de actualizarlos, establece el artículo 13 de la Directiva que el anexo I se podrá modificar de acuerdo con el artículo 17 de la Directiva marco, mientras que el anexo II sólo podrá ser modificado conforme al artículo 118 A del Tratado. La diferencia fundamental es que mientras en el primer caso, la propuesta de la Comisión consultado el Comité de Seguridad e Higiene y demás órganos consultivos, puede ser puesta en práctica aunque el Consejo no la apruebe por mayoría cualificada, si pasados tres meses desde su presentación éste no se ha pronunciado. En el caso del artículo 118 A el silencio del Consejo es negativo.*

⁵²⁴ O lo que es lo mismo, en este segundo caso la prohibición de trabajar es relativa. Artículos 5 y 6 de la Directiva.

⁵²⁵ Sobre este aspecto puede consultarse ALONSO OLEA, M. "El trabajo de la mujer". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 13, 1998, pág. 112. Este autor define la eliminación de este tipo de limitaciones basándose para ello en la prohibición de discriminación.

Esto enlazada con la tendencia apuntada anteriormente al estudiar el Derecho Internacional, en el sentido de que en la actualidad se apuesta por adoptar una postura más flexible sobre este aspecto, pudiendo optar los Estados entre mantener la prohibición que originariamente se establecía en el Derecho Internacional o bien proteger de forma más rigurosa a la mujer embarazada que trabaje de noche. Con ello se evita el conflicto que podría producirse entre el Convenio nº 4 de la OIT (1919)⁵²⁶ que recoge una prohibición absoluta al respecto y el Derecho comunitario que regula el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, y en el cual no se establece diferenciación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres (Directiva 76/207/CEE).

Esta Directiva del año 1992 sigue con esa tendencia de no prohibirlo y opta por salvaguardar a la mujer embarazada mediante la técnica de los tres niveles de protección, es decir, cambio a un puesto de trabajo diurno, prolongación del permiso de maternidad cuando dicho traslado no sea “técnica y/u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos debidamente justificados”, o dispensa de trabajo⁵²⁷.

Aunque también es cierto que esta previsión puede plantear problemas en el sentido de qué aplicar, la dispensa o la prolongación del permiso de maternidad. A efectos formales la directiva incluye ambas posibilidades en el mismo apartado (artículo 7. 2 b), sin embargo a efectos prácticos no resulta lo mismo, ya que en el caso de prolongación del permiso de maternidad parece que debe entenderse que la retribución también se mantiene, mientras que en

⁵²⁶ Sobre este Convenio señalan MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M. que “[...] si bien en la actualidad permite a los Estados entre optar por mantener la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres o establecer medidas de protección aplicables a ambos sexos, en los supuestos de embarazo establece la obligación de ofrecer a la trabajadora una alternativa al trabajo nocturno, pudiendo incluir la asignación a un trabajo diurno, la percepción de prestaciones de seguridad social o la prórroga de la licencia de maternidad”. *Maternidad y Salud Laboral*. op. cit., pág. 16. Sobre esta materia puede destacarse la STJCE de 3 de febrero de 2000, SILKE-KARIN MAHLBURG y LAND MECKLENBURG-VORPOMMERN. Se trata de un supuesto en el cual una enfermera que desempeña su actividad en los quirófanos del hospital, solicita un contrato de trabajo indefinido tras ser titular de un contrato de duración determinada. En principio su solicitud se acepta a la espera de que exista vacante lo que se produce una vez embarazada, por ello no sólo no se le concede el contrato de trabajo indefinido sino que además se le cambia de puesto de trabajo por considerar que existe un riesgo de infección. Es preciso recordar que la negativa de contratación debida al embarazo, solamente puede oponerse a las mujeres y, por lo tanto, constituye una discriminación directa por razón de sexo (sentencia de 8 de noviembre de 1990, Dekker asunto C-177/88). Sin embargo, hay que señalar que, a diferencia del asunto Dekker, antes citado, la desigualdad de trato, en un caso como el del litigio principal, no se basa directamente en el embarazo de la trabajadora, sino que resulta de la prohibición general de trabajo vinculada a dicho estado. La aplicación de las disposiciones relativas a la protección de la mujer embarazada no puede tener por consecuencia un trato desfavorable en lo que atañe al acceso al empleo de una mujer embarazada, de modo que no permite a un empresario negarse a contratar a una candidata embarazada debido a que una prohibición de trabajo motivada por dicho embarazo le impide destinarla, desde el primer momento y durante su embarazo, al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encuentre vacante. Por consiguiente, procede responder que el Derecho Comunitario se opone a este tipo de comportamientos. Sobre estos aspectos puede consultarse JACQMAIN, J. “¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?” en *Relaciones Laborales*, nº 5, marzo 1997, pág. 93 y ss.

⁵²⁷ Esta dispensa es entendida como suspensión de la relación laboral. En relación con la misma y en el caso de que el empresario no pueda proporcionar trabajo a la mujer embarazada y, por tanto, en relación con los tres niveles de protección que establece la Directiva 92/85 (cambio de condiciones del puesto de trabajo, cambio de puesto y dispensa), el Tribunal ha señalado que “una legislación como aquella de que se trata en los litigios principales no reúne los requisitos materiales y formales exigidos por la Directiva 92/85 para dispensar a la trabajadora de efectuar su prestación de trabajo. Por una parte, el cese de la empleada responde al interés del empresario; por otra, el empresario puede tomar esta decisión sin examinar previamente la posibilidad de organizar las condiciones y/o el tiempo de trabajo de la empleada o incluso la posibilidad de destinarla a otro puesto”. STJCE de 19 de noviembre de 1998, asunto C-66/96, entre las Sras. Høj Pedersen, Andersen, Pedersen y Sørensen y sus empresarios respectivos.

el caso de la dispensa queda en el aire el régimen retributivo aplicable a esta situación. Sin perjuicio de lo que se dirá a continuación, al estudiar el Informe que la Comisión ha elaborado en el año 1999 sobre la aplicación en los Estados miembros del contenido de esta Directiva, lo cierto es que existen varias interpretaciones posibles.

Una posibilidad es entender que dicha protección funciona en cascada, como hemos planteado anteriormente, son tres niveles sucesivos que en ningún caso funcionan de forma simultánea, lo que supondría aplicar en último lugar la dispensa.

Y la otra posibilidad es considerar que serán los Estados miembros los que determinen la prelación y el consiguiente régimen de retribución de la trabajadora que se encuentre en este supuesto⁵²⁸. Esta interpretación se avala con el contenido del artículo 11 de la Directiva⁵²⁹ que expresamente señala que *"en los casos contemplados en los artículos 5, 6 y 7, deberán garantizarse los derechos inherentes al contrato de trabajo, incluido el mantenimiento de una remuneración y/o el beneficio de una prestación adecuada de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2, con arreglo a las legislaciones y/o a las prácticas nacionales"*⁵³⁰. Entendiendo que esta retribución es adecuada *"cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dentro de un posible límite máximo determinado por las legislaciones nacionales"*⁵³¹.

Esta última previsión enlaza con la ausencia de competencia de las instituciones europeas para regular sobre el sistema retributivo aplicable en los Estados miembros, siendo sólo posible, a tenor del Tratado de la Unión, garantizar la igualdad retributiva⁵³² pero no influir en la fijación de las retribuciones de los trabajadores.

⁵²⁸ Ver el Informe de la Comisión sobre la aplicación de esta Directiva analizado posteriormente.

⁵²⁹ Se destaca en esta norma que *"los Estados miembros tendrán la facultad de someter el derecho a la remuneración o a la prestación contemplada en el punto 1 y en la letra b) del punto 2 a la condición de que la trabajadora de que se trate cumpla los requisitos que contemplen las legislaciones nacionales para obtener el derecho a tales ventajas. Entre dichos requisitos no se podrán contemplar en ningún caso períodos de trabajo previo superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto"*. Debemos relacionar este aspecto con estudio de la Directiva 96/34 sobre el permiso parental que se realizará en el capítulo siguiente.

⁵³⁰ Puede consultarse la STJCE de 27 de octubre de 1998, asunto C-411/96, MARGARET BOYLE y otras contra EQUAL OPPORTUNITIES COMMISSION.

⁵³¹ Es decir, se entiende por prestación adecuada al menos la cantidad a la que tendría derecho la trabajadora si estuviera de baja por enfermedad.

⁵³² En este sentido se puede destacar también la ya comentada STCE de 19 de noviembre de 1998, asunto C-66/96, entre las Sras. Høj Pedersen, Andersen, Pedersen y Sørensen y sus empresarios respectivos, a saber, Kvikly Skive, los Sres. Bagner y Rasmussen, y Hvitfeldt Guld og Sølv ApS, en relación con el mantenimiento de su salario durante ausencias del trabajo debidas a sus embarazos. De acuerdo con la legislación danesa aplicable a las relaciones jurídicas entre empresarios y trabajadores (Ley de los empleados), cuando un trabajador se encuentra en situación de Incapacidad temporal por enfermedad, el empresario debe pagarle la totalidad de su salario, con independencia de la posibilidad de reembolsarlo posteriormente. Sin embargo en caso de incapacidad por causas relacionadas con el embarazo, establece esta legislación que *"el empresario estará obligado a pagarle la mitad del salario cuando se encuentre en situación de incapacidad laboral y durante un período máximo de cinco meses comprendido dentro de los tres meses anteriores y los tres meses posteriores al parto. El empresario quedará sujeto a la misma obligación cuando considere que, aunque la empleada no se encuentre en situación de incapacidad laboral, no puede continuar dándole empleo. Si el empresario*

En sexto lugar, y completando la norma sobre el permiso parental aprobada en el año 1996⁵³³ y que posteriormente estudiaremos, prevé esta Directiva del año 1992 la obligación de los Estados miembros de garantizar a las trabajadoras protegidas por esta norma un permiso de *maternidad* “de como mínimo 14 semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, siendo el período de descanso obligatorio de 2 semanas.

Además, esta norma prevé el reconocimiento de licencias retribuidas durante el embarazo para realizar exámenes prenatales durante la jornada laboral si fuera necesario y todo ello de acuerdo con “las legislaciones y/o prácticas nacionales”⁵³⁴.

Por último, y en cuanto al control del cumplimiento del contenido de la Directiva, se establece, por una parte, la obligación de los Estados miembros de incorporar a sus ordenamientos jurídicos las medidas necesarias para que la trabajadora perjudicada pueda hacer valer sus derechos judicialmente⁵³⁵ y, por otra parte, se establece la obligación también de los Estados miembros de informar cada cinco años a la Comisión sobre el grado de aplicación práctica de la presente Directiva⁵³⁶. Una vez realizada esta comunicación será la Comisión europea la que deba informar al resto de órganos competentes en la materia⁵³⁷.

Como resumen del estudio que hasta ahora hemos realizado sobre la Directiva 92/85, debemos decir que se crean obligaciones para los Estados

despide a la empleada, estará obligado a pagarle la totalidad de su salario hasta que pueda producirse dicho despido, con el preaviso a que tenga derecho la empleada”. Por tanto, resulta que la incapacidad laboral por causa de embarazo y de parto no confiere, en principio, los mismos derechos que la incapacidad laboral por causa de enfermedad. “En caso de incapacidad laboral o de impedimento legítimo por un motivo concreto relacionado con el embarazo, producidos antes del período de los tres meses que preceden al parto, la empleada no tiene, en principio, derecho a percibir su salario, pero sí las prestaciones contempladas en la Ley relativa a la asignación diaria y en la Circular nº. 191, de 27 de octubre de 1994”. Todas las interesadas sufrieron trastornos durante el desarrollo de su embarazo antes de los tres meses que precedían a la fecha prevista para el parto. Recordar que el propio Tribunal ha declarado “en la sentencia de 13 de julio de 1989, Rinner-Kühn (171/88), que el salario que debe pagar el empresario durante el período de baja por enfermedad de un trabajador está incluido en el concepto de retribución que figura en el artículo 119 del Tratado, que comprende todas las ventajas en dinero o en especie, actuales o futuras, siempre que sean satisfechas, aunque sea indirectamente, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo de este último, independientemente de que sea en virtud de un contrato de trabajo o de disposiciones legislativas o tengan carácter voluntario”. El hecho de que una mujer se vea privada de la totalidad de su salario, cuando la incapacidad laboral que sufre resulta de un estado patológico relacionado con el embarazo, debe considerarse discriminatorio ya que la causa es el embarazo. “Sólo podría afirmarse lo contrario en caso de que las cantidades percibidas por las empleadas en concepto de asignación diaria equivalieran al importe de su retribución”. Si así fuera, el órgano jurisdiccional remitente debería comprobar si esto es contrario al artículo 119 del Tratado.

⁵³³ Aunque la Directiva 96/34 se refiera al permiso parental en su contenido se hace también referencia al llamado permiso por maternidad.

⁵³⁴ Recordar lo destacado respecto a la Recomendación de la OIT nº 191 del año 2000, que desarrolla el Convenio nº 183 de la misma organización revisado en dos ocasiones. Y además debe ponerse en relación con el Informe que la Comisión ha hecho sobre esta Directiva y que será analizado a continuación.

⁵³⁵ Artículo 12 de la Directiva del año 1992.

⁵³⁶ Una vez consultados los interlocutores sociales nacionales.

⁵³⁷ Artículo 14.4 de la Directiva 92/85. En septiembre de 1996, la Comisión envió a los Estados miembros un cuestionario detallado sobre la aplicación de la Directiva. Las respuestas al cuestionario deben considerarse los informes preceptivos de conformidad con el apartado 4 del artículo 14. Sin embargo, hay que señalar que sólo en los informes de Austria, Irlanda, Portugal y los Países Bajos se consignaban específicamente las opiniones de los interlocutores sociales.

miembros y también deberes para los empresarios⁵³⁸. En concreto, para estos últimos los deberes se concretan en la necesidad de realizar la oportuna evaluación de los riesgos inherentes a la prestación de servicios, así como en la adopción de medidas para prevenirlos y evitarlos. Además de lo anterior, existe para los empresarios tanto la prohibición de emplear a la mujer embarazada en las actividades previstas en el anexo II de la mencionada Directiva⁵³⁹ como la necesidad de determinar la naturaleza, el grado y duración de la exposición de la trabajadora a algunos de los riesgos previstos en el anexo I. Resulta éste un supuesto en el cual se entiende la eficacia directa de la Directiva del año 1992, ya que de forma clara y precisa crea derechos y obligaciones para los particulares⁵⁴⁰.

D) De acuerdo con el artículo 14 de la Directiva 92/85 y, por tanto, con esa obligación de la Comisión Europea de informar sobre la aplicación de esta norma, hay que destacar el Informe aprobado en marzo de 1999 sobre la misma⁵⁴¹.

En dicho informe se aclara como la mencionada disposición resulta de aplicación tanto al sector privado como público⁵⁴², con independencia del tipo de contrato que se tenga, es decir como hemos indicado al estudiar la Directiva del año 1991, tanto si el contrato es indefinido como temporal. Aclara asimismo algo ya apuntado y es que en la medida en que se remite a los Estados miembros la competencia para definir qué debe entenderse por trabajadora en período de lactancia o que haya dado a luz recientemente, se producen diferencias entre un Estado y otro, lo mismo ocurre con la obligación de comunicación al empresario sobre el estado de la mujer que esté embarazada.

En definitiva, se trata de la consecuencia de la no armonización de la materia y aunque en la mayoría de los Estados miembros ya existía en el año 1992 algún previsión sobre la salud laboral de la mujer embarazada o que haya dado a luz, lo cierto es que esta Directiva ha venido a completar dicho régimen jurídico y a aclarar aspectos tales como el carácter retribuido de la licencia para asistir a revisiones médicas durante el embarazo.

Como hemos señalado anteriormente, la Directiva prohíbe el despido de mujeres embarazadas o en permiso de maternidad, a menos que sea por

⁵³⁸ Sobre las obligaciones de este último puede consultarse APARICIO TOVAR, J. "Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo". *Revista española de Derecho del trabajo*. septiembre/octubre de 1991, nº 49, pág. 705 y ss.

⁵³⁹ Un comentario de esta Directiva puede consultarse en CAVAS MARTÍNEZ, F. "Maternidad y Salud Laboral". *op. cit.*, pág. 6-9.

⁵⁴⁰ Ver Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades europeas de 4 de octubre de 2001, asunto C-438/99, M.LUISA JIMENEZ MELGAR y AYUNTAMIENTO DE LOS BARRIOS, anteriormente comentada.

⁵⁴¹ COM (1999) 100 final. de 15 de marzo de 1999.

⁵⁴² Concretamente se dice que "aunque el alcance de sus derechos pueda variar considerablemente. De la información facilitada por las autoridades belgas se desprende que las trabajadoras que no tienen contrato de trabajo sino que prestan servicios bajo la supervisión de otra persona pueden también acogerse a la normativa. Sin embargo, en Austria, las enfermeras en prácticas quedan excluidas de las normas de aplicación, y la cobertura de las dentistas y profesoras en prácticas es meramente parcial. En Grecia, las fuerzas armadas, la policía y las empleadas del hogar están excluidas de las normas de aplicación de la Directiva, y en Gibraltar el Reglamento vigente sólo abarca a las mujeres cuya fecha prevista de parto fuera a partir del 5 de mayo de 1996". COM (1999) 100 final.

razones ajenas al embarazo. Sobre este aspecto, la mayor parte de los Estados miembros ya prevenían la ilicitud de estos despidos, aunque es cierto que la obligación del empresario de motivar por escrito todo despido de una mujer embarazada o en permiso de maternidad vino a reforzar la protección de estas mujeres.

En cuanto a la duración mínima del permiso por maternidad, la Directiva señala 14 semanas, y expresamente prevé que esto será “excluidos los permisos de paternidad o de carácter parental”, elemento que refuerza la interpretación que defenderemos al estudiar la Directiva 96/34, en el sentido de tratarse de derechos individuales e intransferibles. Este último aspecto será tratado ampliamente en la última política que estudiaremos. Una vez analizados los diferentes ordenamientos jurídicos, se observa como la duración del permiso de maternidad varía desde las 14 semanas del Reino Unido hasta las 28 de Dinamarca⁵⁴³.

También varía en los diferentes Estados miembros el periodo de licencia que es retribuido y las cantidades que se reciben durante el mismo⁵⁴⁴. Esta última cuestión es crucial para la capacidad de las mujeres de hacer plenamente efectivos sus derechos en la materia. El carácter retribuido del permiso para proteger la salud de la madre o el feto, según la Comisión europea, está razonablemente bien resuelta en las medidas de aplicación adoptadas por los Estados miembros. Durante estos periodos, dice la Comisión, se percibe una combinación de remuneración de la empresa y prestaciones de la Seguridad Social y, aunque algunos Estados miembros imponen condiciones para recibir estas cantidades, no parecen ser demasiado onerosas. Los requisitos para su disfrute van desde un período mínimo de residencia, antigüedad en la empresa, afiliación o pago de cotizaciones de Seguridad Social hasta periodos de trabajo o nivel mínimo de ingresos⁵⁴⁵. A pesar de la opinión de la Comisión, consideramos que esta regulación puede generar posibles discriminaciones o incluso atentados contra el derecho fundamental a la libre circulación de trabajadores por la diferencia de costes y derechos principalmente⁵⁴⁶.

De acuerdo con lo señalado anteriormente, uno de los aspectos más conflictivos en esta materia era la necesidad de comunicación, por parte de la trabajadora embarazada, de su estado de embarazo para que se desplegara el

⁵⁴³ Puede consultarse el estudio realizado en páginas siguientes sobre la Directiva 96/34.

⁵⁴⁴ “En Austria y los Países Bajos, las mujeres tienen derecho a cobrar el 100% de su salario anterior durante todo el permiso. En el Reino Unido, Grecia y Bélgica, las mujeres reciben un porcentaje del salario durante parte del permiso y, en otros Estados miembros, se pagan diversas cantidades en concepto de subsidios de seguridad social a las mujeres en permiso por maternidad”. COM (1999) 100 final.

⁵⁴⁵ En este sentido puede destacarse la doctrina del Tribunal de Justicia europea según la cual las prestaciones por parto y maternidad son una “ventaja social”, en los términos del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento 1612/68, y por ello todo requisito de residencia constituye una discriminación indirecta contra los trabajadores emigrantes, los cuales tendrían menos probabilidades de cumplirlo que los nacionales. Se trata de una prestación de seguridad social conforme al Reglamento 1408/71, cuyo artículo 18 establece que si el derecho a una prestación se hace depender del cumplimiento de periodos de aseguramiento, trabajo o residencia, los Estados miembros deben tener en cuenta los periodos de este tipo transcurridos en otro Estado miembro.

⁵⁴⁶ Ver estudio realizado sobre la Directiva 96/34 en el capítulo siguiente.

conjunto de medidas de protección. Sobre este aspecto informa la Comisión europea que:

"la mayor parte de los Estados miembros requieren que la trabajadora informe a la empresa de su embarazo, o del hecho de que ha dado recientemente a luz o que está amamantando, y el plazo de protección no comienza hasta que se haya hecho. En el Reino Unido, aunque no haya ningún requisito general de informar a la empresa, ésta no está obligada a realizar la evaluación de riesgos a menos que se le haya informado al respecto; en Finlandia, Bélgica y Francia, aun cuando tampoco existe ningún requisito legal de informar a la empresa, el goce de los derechos de protección y maternidad se supedita a que se informe a la empresa. En España, la trabajadora cuya empresa tiene constancia de su embarazo, aun cuando no se le haya informado oficialmente al respecto, queda automáticamente al amparo de la normativa de maternidad. En Irlanda y en Portugal, hay que informar por escrito a la empresa, que puede exigir un certificado médico de confirmación. En Luxemburgo la mujer debe enviar a la empresa por correo certificado un certificado médico que confirme que está embarazada o en período de lactancia. En Austria debe informarse a la inspección de trabajo y a la empresa de que la trabajadora está embarazada, y la empresa puede exigir un certificado médico".

Parece que según estas declaraciones de la Comisión europea el Estado que otorga una mayor protección de la maternidad, en el sentido de menor exigencia de formalidad para considerar que la trabajadora se encuentra incluida en el ámbito de aplicación personal de la norma en cuestión, es el Estado español ya que con la simple constancia del embarazo se pone en marcha el mecanismo de protección. Frente a este Estado se encuentran los casos de Irlanda, Portugal y especialmente, Luxemburgo y Austria.

Por otra parte, en cuanto a la obligación empresarial de evaluar los riesgos existentes en su empresa para las trabajadoras embarazadas, el informe arroja como resultado que en todos los Estados miembros existen ya normas que obligan a esta evaluación de riesgos en general y, en particular, de la trabajadora embarazada⁵⁴⁷.

A pesar de esto y de acuerdo con el párrafo del informe comentado anteriormente, se deduce que en el Reino Unido la obligación del empresario de realizar la evaluación de riesgos comienza cuando se le informa del estado de la trabajadora embarazada y no antes, lo que lleva a plantearse, al margen de su responsabilidad por el incumplimiento del Derecho comunitario, qué ocurre mientras tanto⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ Concretamente se dice que "en la legislación de salud y seguridad laboral de todos los Estados miembros existen ya normas que obligan a evaluar los riesgos de los trabajadores, y la mayoría han modificado su legislación vigente para atender a las necesidades concretas de las trabajadoras embarazadas, teniendo en cuenta la lista no exhaustiva de agentes, procesos y condiciones de trabajo del anexo 1 de la Directiva."

⁵⁴⁸ Para responder a esto se señala en el Informe de la Comisión que "la Ley luxemburguesa de 7 de julio de 1998 prohíbe encomendar determinadas tareas a las mujeres embarazadas, que hayan dado a luz en los últimos tres meses o lactantes cuando ello las exponga a determinadas condiciones de trabajo o determinados agentes de clara peligrosidad, para lo cual se incluye una lista no exhaustiva. En Irlanda, la normativa sobre salud y seguridad laborales de las

En consonancia con esto y sobre el triple nivel de protección de la maternidad antes mencionado destaca el informe que *“la mayoría de los Estados miembros [...], exigen al empresario que adopte las medidas pertinentes para evitar tales riesgos, en primer lugar modificando los horarios, condiciones o turnos de trabajo, dejando el traslado o permiso como soluciones de última instancia. La legislación española no prevé que se conceda permiso a una trabajadora si se trata de la única forma de evitar riesgos para ella o el embrión. Del mismo modo, la legislación francesa no prevé específicamente que las trabajadoras embarazadas puedan ausentarse por motivos de salud y seguridad. Son situaciones incompatibles con la Directiva y se han incoado procedimientos de infracción contra ambos países.”* En el caso de España este incumplimiento de la normativa comunitaria se ha solucionado con la incorporación mediante la Ley 39/1999 del actual artículo 26 a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que recoge la situación de *“Riesgo por embarazo”*⁵⁴⁹.

El trabajo nocturno constituye otro de los aspectos tratados en la Directiva del año 1992 que plantean más opiniones. Sobre este aspecto ya comentado destaca el informe de la Comisión que en 1991, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió, en el asunto Stoeckel, que una disposición que prohíba a las mujeres el trabajo nocturno es contraria al artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE, si no existe tal prohibición para los hombres. Se trata por tanto, de una manifestación de esa necesidad de armonización entre los dos derechos fundamentales que son el derecho de protección de la salud en sentido amplio y el derecho a la igualdad de trato, en particular entre hombres y mujeres.

Expresamente se declara en el Informe que *“la Directiva 92/85/CEE no se desvía del principio fundamental de igualdad de trato, que permite a mujeres y hombres trabajar en igualdad de condiciones. Sin embargo, las trabajadoras embarazadas, las que han dado recientemente a luz o que están en período de lactancia constituyen categorías de mujeres que precisen un trato especial; así el artículo 7 dispone que, si es necesario para proteger la salud de la mujer o de su hijo, y sin perjuicio de que el empresario esté facultado para*

trabajadoras embarazadas parece considerar exhaustiva la lista del anexo 1, lo que resulta contrario a la Directiva. La normativa gibraltareña no parece exigir al empresario que evalúe los riesgos de las trabajadoras embarazadas o lactantes, en clara contravención del artículo 4. La Comisión iniciará procedimientos de infracción respecto a Irlanda y el Reino Unido en relación con estos casos de incumplimiento del mencionado artículo”. En cuanto a la obligación de informar de esos riesgos a la propia trabajadora señala el informe que: *“El apartado 2 del artículo 4 reconoce a las trabajadoras a que se refiere la Directiva, el derecho a ser informadas de los resultados de la evaluación. En Dinamarca y Portugal los resultados de la evaluación de riesgos deben comunicarse a las trabajadoras por escrito. Francia, Austria, Grecia, Suecia, Dinamarca, el Reino Unido y Alemania exigen que los empresarios informen a las trabajadoras del resultado de dicha evaluación. En Luxemburgo, la empresa debe facilitar la lista de tareas a las que no pueden ser asignadas las mujeres embarazadas o lactantes o que hayan dado recientemente a luz. En España compete a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social asegurarse de que los trabajadores y/o sus representantes reciban información sobre la evaluación de riesgos llevada a cabo por la empresa; y en Finlandia los expertos en medicina del trabajo deben informar al empresario y a la trabajadora de cualquier riesgo detectado durante su evaluación. En Irlanda, corresponde al empresario y a la National Authority for Occupational Safety and Health (autoridad nacional para la seguridad y la salud laborales) asegurarse de que las trabajadoras a que se refiere la Directiva, y/o sus representantes, estén informados de los resultados de la evaluación”.*

⁵⁴⁹ Recordar que este Informe es de marzo de 1999 y la Ley española de noviembre de ese mismo año de ahí que se refleje el incumplimiento español.

exigir un certificado médico al respecto, no puede obligarse a la trabajadora a trabajar por la noche"⁵⁵⁰.

La pregunta que se plantea en este caso es hasta qué punto es legítimo pedir por el empresario ese certificado médico, ya que podría atentar no sólo al principio de igualdad de trato sino a otros derechos fundamentales como el de protección de la intimidad de las personas. Son varios pues los bienes jurídicos protegidos en este caso: igualdad, intimidad, integridad física o salud de la madre y/o feto. Aunque también es cierto que la redacción legal (artículo 7 de la Directiva) sólo se refiere a la idea de que el certificado se pronuncie sobre la necesidad de no trabajar de noche, no sobre la causa.

Si analizamos la traducción que los Estados miembros, auténticos competentes al respecto, han realizado de esta cuestión resulta que en algunos Estados no puede exigirse a las mujeres que trabajen por la noche durante un período de tiempo determinado. Es el caso de Bélgica donde se establece un plazo de prohibición de ocho semanas anteriores a la fecha del parto, así como las cuatro posteriores al término del permiso de maternidad, siempre que presenten un certificado médico. También es el caso de Luxemburgo y Austria. En el primer Estado existe una prohibición absoluta del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas, así como para las mujeres que amamantan durante más de 12 semanas⁵⁵¹. Y en el segundo se prohíbe el trabajo nocturno para mujeres embarazadas y en período de lactancia, aunque la inspección de trabajo puede autorizar excepciones individuales hasta las 11 pm en ciertas condiciones y supuestos.

En otros Estados miembros, sin embargo, para que la trabajadora embarazada o en período de lactancia no trabaje de noche se exige un certificado médico donde se señale que el trabajo nocturno resultaría nocivo para su salud. Este es el caso de Suecia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Portugal, España, los Países Bajos, el Reino Unido y Francia.

Frente a esto en otros Estados miembros no se exige ningún certificado médico para que la mujer embarazada o en período de lactancia no trabaje de noche (Dinamarca, Grecia, y Alemania⁵⁵²).

Finalmente en otros Estados esta prohibición de trabajo nocturno existe pero según el sector productivo, es el caso de Italia donde en el sector de

⁵⁵⁰ Documento COM (1999) 100 final, de 15 de marzo de 1999, pág. 4.

⁵⁵² La prohibición absoluta del trabajo nocturno para las mujeres embarazadas o lactantes en estos países se considera contraria al principio general de igualdad de trato, "según lo dispuesto en la Directiva 76/207/CEE. Es asimismo, contraria a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-197/96 y también va mucho más allá de lo exigido conforme a la Directiva 92/85/CEE. Por las razones antes expuestas, se iniciarán procedimientos de infracción contra Austria, Italia, Luxemburgo y el Reino Unido". Informe de la Comisión sobre la Directiva 92/85.

⁵⁵³ Hay excepciones para mujeres de ciertas categorías laborales, como las trabajadoras de la hostelería, de las actividades de ocio y de las industrias lácteas, que pueden trabajar durante los primeros cuatro meses del embarazo o mientras están amamantando. Los organismos supervisores de los estados federados pueden autorizar otras excepciones. Este sistema de prohibición general con excepciones relativas a determinadas profesiones más que a los riesgos que los trabajos concretos pueden plantear para la salud y seguridad de la mujer es contrario al artículo 7 y, por consiguiente, la Comisión está estudiando la posibilidad de incoar un procedimiento de infracción al respecto contra Alemania.

la fabricación se ha fijado una prohibición general de que las mujeres embarazadas trabajen por la noche, mientras que en otros sectores la mujer debe presentar un certificado médico para que pueda quedar exenta de los turnos de noche.

De este examen se extrae una conclusión importante y es que algunos Estados (Austria y Luxemburgo) han incumplido al menos *a priori* el contenido del artículo 7 de la Directiva del año 1992, el cual refleja la necesidad de proteger de forma específica a las mujeres embarazadas pero respetando su derecho general a la no discriminación, lo que les permitiría trabajar por la noche. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la Comisión al elaborar este informe, de los datos recogidos se deduce claramente que en algunos Estados miembros se ha pasado por alto este derecho a la no discriminación y se ha prohibido el trabajo nocturno de forma absoluta y general, sin efectuar evaluación alguna de riesgos existentes, con la consiguiente pérdida salarial que ello acarrea para las mujeres.

Este tipo de prohibiciones genéricas que han realizado algunos Estados miembros resultan contrarias al artículo 1.3 de la Directiva, el cual prohíbe a estos Estados utilizar la Directiva como excusa "*para reducir*" el nivel de protección que las mujeres (embarazadas, en período de lactancia o que han dado recientemente a luz) disfrutaban antes de su aprobación, en este caso se entiende que ese nivel de protección se refiere a la igualdad de trato. Por ello y aunque el originario artículo 118.A.3 del Tratado permitiera a los Estados miembros, cuando aprobaran una Directiva de mínimos, introducir normas más estrictas para la protección de las condiciones de trabajo, esto debería hacerse siempre respetando el acervo comunitario y sin provocar discriminación, de modo que no se obstaculizara el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado⁵⁵³. En definitiva, esto supone la ausencia de toda posibilidad de prohibir ese trabajo nocturno en términos absolutos, sin que dicho comportamiento se justifique de forma objetiva, proporcional y previa.

Para terminar con el informe de la Comisión debemos señalar, en cuanto al disfrute de permisos para exámenes prenatales de forma retribuida, que los Estados miembros han incorporado alguna mención relativa a la necesidad de que la trabajadora presente un certificado en el que conste que no puede asistir a los reconocimientos fuera de las horas de trabajo, lo que es compatible con el artículo 9 de la Directiva que señala que este disfrute será conforme a las legislaciones y/o prácticas nacionales, aunque expresamente no se recoja en la Directiva la mención a este certificado.

E) A modo de conclusión sobre el estudio de esta Directiva del año 1992, se puede señalar que antes de que se adoptara la misma, todos los Estados miembros preveían alguna forma de proteger a estas trabajadoras embarazadas, aunque distara mucho de ser uniforme el tratamiento. En algunos de estos Estados, como Italia, los Países Bajos y Francia, la protección ofrecida

⁵⁵³ Así se ha puesto de manifiesto en la Sentencia del TJCE de 17 de diciembre de 1998, Società Italiana Petroli SpA/Borsana SrL.

era superior a la exigida en la Directiva, mientras que en otros su aprobación produjo el efecto de aumentar la protección (sanitaria y de seguridad) y los derechos inherentes al contrato de las trabajadoras embarazadas⁵⁵⁴.

En términos generales y según la Comisión europea, los Estados miembros han aplicado correctamente la Directiva 92/85, la cual ha servido para garantizar que las mujeres embarazadas, que han dado a luz recientemente o en período de lactancia puedan disfrutar del mismo nivel de salud y seguridad laborales en toda la Unión Europea, aunque siempre partiendo de que es una directiva de mínimos. También pueden los beneficiarios de esta protección disfrutar de los mismos derechos inherentes a su contrato de trabajo, elemento esencial para las trabajadoras con hijos. Finalmente, señala la Comisión que los derechos expuestos en la Directiva representan un buen marco para las mujeres que desempeñan el doble papel de madres y trabajadoras, lo que exige una protección especial y garantías de no discriminación.

Si partimos de los postulados del Feminismo de la Diferencia, podemos considerar que el contenido de esta Directiva del año 1992 se corresponde con la delimitación que hemos realizado al comienzo del estudio de esta concreta Política sobre Salud Laboral, en el sentido de ser necesaria la diferenciación entre la protección de los aspectos puramente biológicos relacionados con la maternidad, como hecho que sólo afecta a las mujeres y en todo caso al feto, y los aspectos que afectando a la salud de los trabajadores se encuentran relacionados con las responsabilidades familiares.

Al igual que ocurriera con el Derecho Internacional, en el Derecho Comunitario sólo los primeros han tenido protección a excepción de la protección de la lactancia que como sabemos puede ser natural o artificial, proporcionada esta última indistintamente por padres y madres. A pesar de esta diferenciación, lo cierto es que sólo las mujeres se contemplan como destinatarias de las medidas de protección de la salud, al menos en lo referido al contenido de esa Directiva que de forma específica, como indica su título, se refiere a esos aspectos puramente biológicos relacionados con el embarazo, el parto y además con la lactancia.

Desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, se considera que hubiera sido conveniente diferenciar en este último caso entre la lactancia natural y la artificial, pero también se entiende que el matiz que hemos realizado anteriormente sería difícil de asumir desde el punto de vista económico en los Estados miembros, últimos obligados –como hemos dicho en repetidas ocasiones– a la aplicación del contenido de las normas de Derecho comunitario.

⁵⁵⁴ Por ejemplo, en Suecia y en Portugal, el permiso por maternidad se extendió a raíz de la Directiva, y en el Reino Unido se redujeron los períodos que facultan para obtenerlo. En Irlanda la aplicación de la Directiva produjo varias mejoras, en especial la posibilidad de obtener el permiso por razones de salud y seguridad si no es posible cambiar el trabajo de la mujer para evitar los posibles riesgos que se hayan detectado para el embarazo o el bebé. En Bélgica, Austria, Dinamarca, Irlanda y Finlandia se introdujo el derecho al permiso remunerado para exámenes prenatales. Todo esto será ampliado en el capítulo siguiente.

Esta regulación que comentamos provoca que la parcela privada de las mujeres resulte ampliamente protegida si la comparamos con los hombres, no sólo en los aspectos temporales y económicos relacionados con el embarazo y el parto, sino también en cuanto a la garantía del mantenimiento del puesto de trabajo, aunque no en la medida adecuada ya que la garantía del “mismo puesto de trabajo” como tendremos oportunidad de ampliar en las páginas que siguen, no se ha establecido mediante una norma vinculante.

Por último desde los postulados del Feminismo de la Diferencia y en relación con esta concreta directiva, se considera que esa prohibición de trabajo nocturno que fijan algunos Estados miembros para las mujeres embarazadas o en período de lactancia no se justifica si no existe un elemento de especial riesgo para ellas, el feto o el lactante, ya que ese exceso de protección las convierte en sujetos menos competitivos que los hombres, sin que exista una justificación objetiva para ello y sin que esa protección les dispense ventaja alguna para su entrada o permanencia en los mercados de trabajo. De ahí que se insista en la necesidad de su reforma, porque esta exclusión no se ha hecho atendiendo a las necesidades del individuo sino a la consideración general de la incapacidad de la mujer que está embarazada o en periodo de lactancia, incapacidad que la asimila a la enfermedad a pesar de estar ya superada esta asimilación entre maternidad y enfermedad.

Al margen de estas normas de Derecho derivado que hemos estudiado en el punto 8.2, desde el Feminismo de la Diferencia se confía en el efecto de estímulo que pueden llegar a tener en el seno de los Estados miembros, los Programas de Acción comunitarios para proteger la salud de los trabajadores, especialmente por el acompañamiento económico que suelen aportar a las economías de los Estados miembros, de ahí que pasemos a continuación a su estudio.

8.3. Programas Comunitarios de Acción para la mejora del entorno o medio de trabajo

Al igual que ocurriera en materia de Igualdad de Oportunidades, también en esta materia son habituales los Programas de Acción aprobados por la Comisión Europea para la mejora del entorno o medio de trabajo.

Su antecedente se encuentra en el Programa de Acción Social de 1974 aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de enero de ese año, y mediante el cual se pretendía desarrollar actuaciones que *“mejoraran las condiciones de vida y trabajo de manera que se permitiera armonizarlas por la vía del progreso”*.

De esta forma se señalaba que las actuaciones a adoptar por la Comisión debían centrarse, por una parte, en la mejora de la seguridad e higiene en el trabajo, especialmente en aquellos sectores donde las condiciones laborales fueran más penosas, y, por otra, en la eliminación de los obstáculos físicos

y psíquicos que se detectaran en el centro de trabajo. Aunque este Programa del año 1974 no fue un programa específico en materia de seguridad y salud laboral sí que constituye la base para el desarrollo del primer programa centrado en esta materia que ahora analizamos.

Si bien en nuestro estudio vamos a centrarnos en el último Programa aprobado sobre la misma no podemos dejar de realizar un breve apunte sobre las principales cuestiones tratadas en los Programas que le precedieron⁵⁵⁵. Así el Primer programa específico que se aprueba en 1978⁵⁵⁶, se centra en aspectos que van desde la formación de los trabajadores en las cuestiones relacionadas con la seguridad, la salud y el acondicionamiento de las empresas, hasta las labores de inspección relacionadas con la misma.

El segundo Programa se aprobó en 1984⁵⁵⁷ con un tinte muy continuista respecto al primero y dando lugar igualmente a la aprobación de una serie de Directivas sobre la materia. Esta forma de trabajo se ha reproducido desde esas fechas hasta la actualidad y ha supuesto no sólo la fijación de unos concretos objetivos y unas concretas medidas para su consecución, sino una mayor conciencia sobre todos los aspectos relacionados con la salud y seguridad de los trabajadores por la sociedad en general y, en particular, por los sujetos que intervienen en el mercado de trabajo. De esta forma se han ido aprobando cada cuatro años⁵⁵⁸, aproximadamente, los Programas comunitarios que han desembocado en el último que se aprobó el 11 de marzo de 2002 con el título "Como adaptarse a los cambios en la sociedad y el mundo del trabajo: una nueva estrategia comunitaria de salud y seguridad (2002-2006)"⁵⁵⁹.

En este documento se señala que *"la salud y la seguridad son, qué duda cabe, componentes esenciales de la calidad del trabajo y figuran entre los indicadores recientemente adoptados a raíz de la Comunicación de la Comisión titulada "Invertir en la calidad"*⁵⁶⁰. Resulta evidente, por tanto, que la salud laboral tiene una especial importancia para conseguir uno de los objetivos que en los

⁵⁵⁵ Sobre los mismos puede consultarse PÉREZ ALENCART, A. *op. cit.*, pág. 48 y ss. SANCHO CUESTA, J. *op. cit.*, pág. 69-75.

⁵⁵⁶ DOCE C nº 165 de 11 de julio de 1978.

⁵⁵⁷ Resolución del Consejo de 27 de febrero de 1984. DOCE C nº 67 de 8 de marzo de 1984.

⁵⁵⁸ Una reflexión sobre estos programas puede encontrarse en VIGHI, I. "Programas europeos de Acción a favor de las mujeres". *Revista de Salud y Trabajo*, nº 79, 1990, págs. 4 a 7. Asimismo, puede consultarse PINILLA GARCIA, J. "El futuro de la salud y seguridad en el CE. Debate sobre el IV Programa de Acción comunitario: la aportación de la Confederación europea de sindicatos (CES)". *Revista Salud y Trabajo*, nº 98, 1993, págs- 4 a 10.

⁵⁵⁹ Comunicación de la Comisión. COM (2002) 118 final de 11 de marzo de 2002.

⁵⁶⁰ Nos interesa destacar en esta materia el 26º Informe anual de actividades elaborado por el Comité consultivo de Seguridad, Higiene y Protección de la salud en el trabajo. Bruselas 12 de junio de 2003. COM (2003) 346 final. En este documento se señala que *"en su Comunicación «Agenda para la política social», la Comisión había indicado la necesidad de elaborar una nueva estrategia comunitaria en materia de salud y seguridad en el trabajo a través de una comunicación. En el marco de la realización de la Agenda, se invitó a todos los agentes de este ámbito a participar activamente, presentado contribuciones específicas antes de que la Comisión adoptara su comunicación, prevista para 2002. En este contexto, el 15 de mayo de 2001 el Comité decidió crear un grupo de trabajo «Estrategia comunitaria 2002-2006», encargado de preparar un dictamen del Comité Consultivo relativo a la estrategia comunitaria en materia de salud y seguridad en el trabajo para el periodo 2002-2006. El Comité encargó esta tarea a su grupo*

últimos tiempos se ha marcado la Unión europea, nos referimos al incremento del volumen de empleo y al incremento de la calidad de este empleo.

Pero la salud laboral no es un aspecto aislado de las relaciones laborales, sino que por una parte, presenta una importante repercusión económica⁵⁶¹ y, por otra parte, la salud de los trabajadores redundaba sensiblemente en el rendimiento de los mismos y por extensión de la propia empresa⁵⁶², además por supuesto en la imagen que la empresa presenta ante terceros: clientes, consumidores en general, etc. Todo ello exige una continua actualización de los riesgos a los que pueden verse sometidos esos trabajadores⁵⁶³, así como una actualización de las medidas de protección frente a los mismos.

Por todo ello, podemos decir que la calidad que se pretende conseguir con este último Programa *"implica dos exigencias fundamentales: combinar los distintos instrumentos a su alcance"* recurriendo para ello al gran acuerdo comunitario aprobado sobre la materia e *"[involucrar] a todos los agentes interesados: autoridades públicas, interlocutores sociales, empresas, aseguradores públicos y privados"*⁵⁶⁴. También a los propios trabajadores llamados a desempeñar un papel muy importante en toda esta materia⁵⁶⁵.

Ya de forma particular, debemos señalar que en esta nueva estrategia puesta en marcha en el año 2002, también la mujer ha merecido alguna mención especial en cuanto colectivo sometido a los riesgos en general que conlleva

«Programación. El diseño y la aplicación de la nueva estrategia deben basarse, por una parte, en un conocimiento profundo de su ámbito de aplicación y los problemas que se plantean en ella, a través del refuerzo de las funciones de observación, vigilancia, recopilación y difusión de los datos, y, por otra, en una determinación precisa de los objetivos y prioridades que deben establecerse en función de la especificidad de las situaciones que han de abordarse (tamaño de las empresas, diferentes sectores profesionales y/o categorías de trabajadores). Para garantizar el buen desarrollo de su aplicación, debe elaborarse un calendario, acompañado de un plan que incluya evaluaciones periódicas del avance de los proyectos. Con respecto a las medidas legislativas que deben preverse, debe realizarse una evaluación concreta de la aplicación de las directivas existentes, sin olvidar la adopción de nuevas medidas legislativas, teniendo en cuenta que el balance de dicha aplicación permitirá determinar mejor qué sectores profesionales, categorías de trabajadores o riesgos no gozan de protección suficiente».

⁵⁶¹ Desde un punto de vista económico, la falta de calidad del trabajo se traduce en una pérdida de capacidad productiva, en 1999 se perdieron 500 millones de jornadas laborales como consecuencia de accidentes o problemas de salud, y en el pago de indemnizaciones y prestaciones, cuya financiación recae, en gran medida, en las empresas. Esto se pone de manifiesto en el Documento de la Comisión COM (2002) 118 final. Punto I.

⁵⁶² En esta Comunicación de la Comisión se señala como *"en 1999 se perdieron 500 millones de jornadas laborales como consecuencia de accidentes o problemas de salud"*, además del significativo importe de indemnizaciones y prestaciones que conlleva. *"Cerca de 350.000 personas se han visto obligadas a cambiar de empleo o de lugar de trabajo o a reducir su tiempo de trabajo, y casi 300.000 presentan distintos grados de discapacidad permanente, de las cuales 15.000 jamás lograrán incorporarse al mundo del trabajo. Dejando de lado los dramas humanos que se esconden detrás de estas situaciones, se trata de un derroche de recursos en un contexto de envejecimiento estructural de la población activa"*. COM (2002) 118 final. Punto I

⁵⁶³ *"La promoción de la salud en el trabajo debe, por consiguiente, inscribirse en el marco de la evolución general de la actividad económica (cada vez más orientada al sector de los servicios), de las formas de trabajo (más diversificadas), de la población activa (en proceso de envejecimiento y con un componente femenino cada vez más fuerte), y de la sociedad en general (más variada pero cada vez más marcada por la exclusión social)"* COM (2002) 118 final. Punto I.

⁵⁶⁴ COM (2002) 118 final. Punto I.

⁵⁶⁵ Además la actuación de los Estados miembros se debe centrar en aquellos sectores donde existan mayores tasas de siniestralidad y mayores riesgos, como es el caso de la pesca, agricultura, construcción y servicios sociales, y especialmente en las PYME y microempresas donde los medios personales y materiales son más limitados.

la prestación de servicios y a otros riesgos particulares. En concreto, se señala que *"la creciente participación de la mujer en el empleo es una tendencia que se manifiesta desde hace varias décadas. Se trata de uno de los objetivos fundamentales fijados en Lisboa en el contexto del envejecimiento de la población activa e introduce una nueva dimensión en el campo de la salud y la seguridad en el trabajo. El 83% de las mujeres activas trabajan en el sector de los servicios, lo que explica el hecho de que su tasa de incidencia de accidentes y enfermedades profesionales sea sensiblemente inferior a la de los hombres y que el riesgo de sufrir un accidente que corren sea menor."*⁵⁶⁶

Partiendo por tanto de la menor siniestralidad que padecen las mujeres, en este nuevo Programa se fijan varias líneas de actuación relacionadas directa o indirectamente con la materia objeto de nuestro estudio, bien con este colectivo de trabajadores que son las mujeres, bien con la metodología de intervención. Y ello porque como ha señalado acertadamente la Comisión Europea la creciente participación de la mujer en el mercado de trabajo exige introducir una nueva dimensión en el campo de la salud y seguridad en el trabajo. Pasamos a continuación a exponer cuales son estas líneas de actuación.

En primer lugar, se propone realizar un "enfoque global del bienestar en el trabajo", para cuya mejora se considera necesario reducir el número de accidentes y enfermedades profesionales fijando objetivos cuantificados a nivel comunitario y nacional. Estos objetivos deberán estar relacionados con las directrices de empleo que se aprueben cada tres años. Se trata de una manifestación más de esa interrelación y coordinación que debe existir entre todas las políticas comunitarias que de alguna forma inciden en el mercado de trabajo: Empleo, Igualdad de Oportunidades, Salud Laboral, Economía, etc.

En segundo lugar, se propone aplicar correctamente el Derecho comunitario vigente en esta materia. Para ello por una parte, habrá que simplificar y racionalizar el acervo comunitario existente y que es de excesiva complejidad en

⁵⁶⁶ COM (2002) 118 final. Punto II. A esto se añade que *"mientras que en 1995 las mujeres sólo representaban el 17,8 % de las enfermedades profesionales diagnosticadas, el porcentaje correspondiente a determinados afecciones era claramente superior: 45 % de las alergias, 61 % de las enfermedades infecciosas, 55 % de los trastornos neurológicos y 48 % de los trastornos hepáticos y dermatológicos. Estas cifras ponen de relieve, pues, la existencia de elementos específicos de las mujeres en lo tocante a las enfermedades profesionales. En cambio, el 93 % de los trastornos musculoesqueléticos y las enfermedades hematológicas, el 97 % de las afecciones auditivas y el 91 % de las enfermedades pulmonares corresponden a los hombres"*. Se observa, además que *"las enfermedades consideradas emergentes, como el estrés, la depresión o la ansiedad, así como la violencia en el trabajo, el acoso y la intimidación, son responsables del 18 % de los problemas de salud asociados con el trabajo, una cuarta parte de los cuales implica dos semanas o más de ausencia laboral. La frecuencia de estas patologías es dos veces superior en los sectores de la educación y los servicios sociales y de salud. Su aparición no se debe tanto a la exposición a un riesgo específico como a un conjunto de factores, la organización del trabajo, las modalidades de ordenación del tiempo de trabajo, las relaciones jerárquicas, la fatiga asociada al transporte y el grado de aceptación de la diversidad étnica y cultural en la empresa que deben inscribirse dentro de un contexto global que la OIT define como «bienestar en el trabajo"*. Por tanto, puede concluirse que los riesgos no afectan siempre por igual a hombres y mujeres, de ahí la necesidad de un tratamiento diferenciado que atienda al individuo, de hecho en este documento se establece que *"la política comunitaria de salud y seguridad en el trabajo debe tener como objetivo la mejora continua del bienestar en el trabajo, un concepto que integra dimensiones físicas, morales y sociales. Además, todos los agentes interesados deben perseguir una serie de objetivos complementarios, entre los que destacan la integración de la dimensión de igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación del riesgo, las medidas preventivas y los mecanismos de indemnización, de forma que se tengan en cuenta las particularidades de las mujeres por lo que respecta a la salud y la seguridad en el trabajo."* Además del colectivo de mujeres se destaca a los jóvenes y a los mayores de 45 años.

la actualidad. Y por otra, habrá que reforzar y apoyar la labor de la inspección de los cuerpos específicos en la materia, tanto comunitarios como nacionales, y de la Inspección de trabajo en general.

Se propone además que los servicios de prevención sean realmente multidisciplinarios y que la inspección abarque todos los riesgos y sectores de mayor dificultad en esta materia, además por su puesto de que las sanciones sean equitativas, disuasorias, proporcionadas y se apliquen efectivamente. Esta misma recomendación la encontramos en la Política de Igualdad de Oportunidades y en la política que estudiaremos en el capítulo siguiente, en el sentido de aclarar el conjunto normativo existente en esta materia para que los agentes que deben aplicarlo, así como los propios sujetos protegidos y obligados por el mismo, conozcan su alcance.

Como tercera línea de actuación se plantea la integración de la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación de riesgos, en las medidas preventivas que se adopten y en los mecanismos de indemnización, de manera que se pueda tener en cuenta en el diseño y en la puesta en práctica del programa las particularidades de las mujeres en materia de seguridad y salud laboral. Se trata por tanto, de tener en cuenta el impacto del género tanto en el nivel preventivo como en el reactivo, para el caso de que no se hayan podido evitar los riesgos y éstos se hayan materializado.

Además de lo anterior se fomenta la aplicación de la transversalidad de la que ya hemos hablado de forma amplia. En concreto se señala que *“el bienestar en el trabajo no depende únicamente de la política de salud y seguridad. Intervienen igualmente una serie de factores, como el diseño de los equipos de trabajo, la política de empleo y la política en materia de discapacidad, además de la política de transporte y, naturalmente, la política de salud en general, tanto por lo que se refiere a la prevención como al tratamiento”*⁵⁶⁷. Por ello debe reforzarse la integración de la salud laboral en la Estrategia europea de empleo y hacerlo transversalmente, en el momento del diseño, de la aplicación y de la evaluación final⁵⁶⁸.

En cuarto lugar, se considera necesario prevenir los llamados riesgos sociales como el estrés, el acoso en el trabajo⁵⁶⁹, la depresión, la ansiedad, los riesgos relacionados con el consumo de alcohol, drogas, etc.⁵⁷⁰. En esta materia también entendemos que debe diferenciarse por razón de género, no sólo porque los

⁵⁶⁷ COM (2002) 118 final. Punto III.

⁵⁶⁸ Sobre esta Estrategia y además de lo señalado en el capítulo anterior, también puede consultarse GÓMEZ PUERTO, A.B. *op. cit.*, págs. 1037-1039. En este artículo partiendo del problema actual del desempleo se analiza el entramado que supone la coordinación de la intervención comunitaria con la intervención de los Estados miembros.

⁵⁶⁹ Entre otros consultar PEDROSA ALQUÉZAR, S.I. “La incidencia de los acosos laborales en la salud de la mujer trabajadora”. *Revista del Centro de Estudios Financieros: Trabajo y Seguridad Social*, nº 261 diciembre de 2004, pág. 81 y ss.

⁵⁷⁰ SERRANO FUSTER, I “Condiciones de trabajo y reproducción”, en *Mujer, Trabajo y Salud*. BARAÑANO, M. (coordinadora). *op. cit.*, pág. 131. Este autor hace mención a los factores que pueden incidir en la salud de la mujer y de los trabajadores en general.

propios riesgos afectan de modo distinto a hombres y mujeres sino porque las repercusiones, especialmente en el seno de las familias, de que un trabajador o trabajadora sufra dicho riesgo también son distintas, fundamentalmente en las familias donde el reparto de roles entre hombres y mujeres sigue siendo el tradicional y en consecuencia la mujer es la que se ocupa del bienestar doméstico de todos los miembros de la familia.

En quinto lugar, se propone reforzar la prevención de ciertas enfermedades profesionales, ya que éstas están menos tratadas que los accidentes laborales. Al mismo tiempo se propone atender a los nuevos riesgos que surgen en el mercado de trabajo. Se debe desarrollar una auténtica “cultura de prevención” que incluya información desde los programas escolares que se imparten en las escuelas. Esto supone incidir más en el nivel preventivo que en el reactivo, desarrollando esa cultura de la prevención para que las consecuencias y costes de la subsanación sean menores.

En la sexta línea de actuación se propone no perder de vista las consecuencias de la evolución demográfica, la escasa natalidad y el envejecimiento de la población. Esta línea de actuación se encuentra íntimamente ligada a la materia de nuestra investigación. Como pusimos de manifiesto en el capítulo tercero de este trabajo, la evolución demográfica en todos los Estados miembros, principalmente en los países del sur de Europa, demuestra un descenso de la natalidad provocado éste por la mayor presencia de la mujer en el mercado de trabajo y por el hecho de que se haya reducido el número de hijos a cambio de proporcionarles un bienestar de mayor calidad. Este comportamiento aunque reduce las cargas familiares no nos permite obtener un mayor y mejor equilibrio entre las responsabilidades profesionales y las familiares, ya que la presencia femenina en la parcela pública se ha incrementado de forma amplia y por ello el desequilibrio sigue existiendo.

Si esto lo relacionamos con la ampliación de la esperanza de vida, obtenemos como resultado que la responsabilidad de cuidar a las personas dependientes ya no puede recaer en exclusiva en las mujeres, ya que éstas en una proporción alta han optado por pasar gran parte de su tiempo dedicadas a las responsabilidades profesionales, con el fin de resultar competitivas en los mercados laborales.

Todo esto va a repercutir en la salud física y mental de las personas que deben asumir ambos tipos de responsabilidades, sin que tengan que ser las mujeres las únicas destinatarias de las medidas que se aprueben para su protección, ya que se está fomentando la asunción de estas responsabilidades por hombres y mujeres. La diferencia se encuentra en el hecho de que el perjuicio a la salud de las mujeres que trabajan dentro y fuera del hogar ya se puede observar en la actualidad, mientras que el perjuicio que se produciría para los hombres es aun una hipótesis, ya que hoy por hoy asumen en menor medida ambos tipos de responsabilidades.

Si mantenemos el discurso del Feminismo de la Diferencia deberíamos decir que a pesar de lo anterior es necesario proteger a ambos, a las mujeres de forma reactiva y a los hombres de forma preventiva. Y esto porque los llamados riesgos sociales como el estrés o la ansiedad que se producen por las apretadas jornadas diarias se pueden materializar igualmente en hombres y mujeres, aunque en la actualidad -como decimos reiteradamente- existan más mujeres que los sufren como consecuencia de las dobles jornadas de trabajo a las que se ven sometidas. Si pretendemos cambiar los roles sociales de hombres y mujeres en el seno de las familias tendremos que atender también a los riesgos que ese cambio de roles conlleva.

En la séptima línea de actuación se propone tomar en consideración el tamaño de las empresas, ya que las PYME y las microempresas, así como los trabajadores autónomos o las empresas familiares deben recibir medidas especiales por la mayor dificultad para cumplir la normativa existente en la materia. Esto debe ser tenido en cuenta fundamentalmente a la hora de distribuir los fondos económicos, tanto comunitarios como nacionales, porque aquellas PYME en cuya plantilla existan mujeres tendrán mayores dificultades económicas para atender los riesgos relacionados con la maternidad, el parto o la lactancia, acudiendo en todo caso, como demuestra la realidad, a la suspensión o extinción de la relación laboral de las trabajadoras y no a la evaluación de sus riesgos específicos, a la adaptación del puesto de trabajo, etc. Principalmente porque en términos de costes-oportunidad y a corto plazo no les interesa⁵⁷¹.

Las últimas líneas de actuación que se proponen, se centran por un lado, en la necesidad de facilitar la reincorporación de las personas que como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional sufren algún grado de minusvalía. Y por otro, en el fomento del papel de los interlocutores sociales, desde la consulta hasta la adopción de acuerdos específicos en la materia.

Estas son las líneas de actuación que desde la Unión Europea se han fijado para el período comprendido entre 2002 y 2006, y en las cuales la salud de los trabajadores resulta protegida en una mayor y mejor medida. Para conseguir esto último y al igual que ocurre con los Programas comunitarios puestos en práctica para conseguir la Igualdad de Oportunidades, se apuesta por el método de coordinación de acciones entre las instituciones de la Unión Europea y las que resulten competentes en los Estados miembros.

⁵⁷¹ Este comentario debe relacionarse con lo explicado en el capítulo séptimo de este trabajo de investigación.

8.4. Instituciones competentes en esta materia

Como quiera que nuestra investigación se centra en la actuación llevada a cabo desde la Unión Europea, nos interesa conocer en este momento qué instituciones son competentes en esta materia y cuáles son sus principales líneas de acción. De este modo podremos analizar de qué forma la perspectiva de género se está aplicando por la Unión Europea, en concreto, en materia de seguridad y salud laboral. Este último interés surge porque la transversalidad, en cuanto mecanismo para hacer posible la Igualdad de Género, exige que los sujetos, personas físicas y jurídicas, que intervienen en las materias donde la misma debe aplicarse se estructuren y funcionen bajo unas mínimas pautas que garanticen su aplicación en el momento de la elaboración, ejecución y control de las políticas comunitarias.

En materia de seguridad y salud laboral existen principalmente tres instituciones con competencia para intervenir en la materia, al margen de la propia Comisión, del Consejo de Ministros y del Parlamento Europeo. Estas tres instituciones son la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo; el Comité de Seguridad e Higiene, y la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo, cada una de ellas con competencias específicas⁵⁷².

El primero de estos órganos en constituirse fue el Comité de Seguridad e Higiene en el año 1974⁵⁷³, en concreto como órgano para asistir a la Comisión Europea en esta materia, principalmente en la preparación y aplicación de las actividades que se debían realizar en el ámbito de la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el trabajo, además de facilitar la cooperación entre las administraciones nacionales y las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios.

⁵⁷² El estudio de estas instituciones también nos interesa porque según lo estudiado en el capítulo de empleo sobre el reforzamiento de la estrategia de Lisboa y el programa Progress, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo va a tener un papel más destacado en el funcionamiento de la Unión Europea, proporcionando un mayor auxilio a la Comisión Europea.

⁵⁷³ Este órgano fue creado por la Decisión del Consejo nº 74/325/CEE de 27 de junio de 1974. Este comité se incardina dentro de las acciones propuestas en el Primer Programa de Acción social de 1974. En resumen podemos decir que "se trata de un organismo tripartito compuesto de miembros titulares, a razón de dos representantes gubernamentales, dos representantes de las organizaciones sindicales de trabajadores y dos representantes de las organizaciones sindicales de empresarios por cada uno de los Estados miembros. Para cada miembro titular se nombra un suplente. El Comité está presidido por un miembro de la Comisión o, en caso de impedimento, por un funcionario de la Comisión designado por él, elabora anualmente un informe de actividades, que la Comisión envía al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Además, el Comité puede crear grupos de trabajo, presididos por uno de sus miembros, dichos grupos presentan en una reunión del Comité un informe sobre los resultados de sus trabajos, sus dictámenes deben adoptarse por mayoría absoluta de votos válidos emitidos, entendiendo que se pronuncia válidamente cuando están presentes los dos tercios de sus miembros. Dicho Comité adoptó su reglamento interno, que entró en vigor el 30 de abril de 1976 después de ser aprobado por el Consejo, previo dictamen de la Comisión. Los representantes de los Gobiernos, de las organizaciones sindicales de trabajadores y de las organizaciones sindicales de empresarios se organizan en tres grupos de interés distintos, cada uno de los cuales designa un portavoz. Cada portavoz participa en las reuniones del grupo de interés que lo ha designado y en las reuniones del Comité, donde expresa la posición de su grupo. Un miembro del Comité representante del Gobierno cuyo país ocupa la Presidencia del Consejo actúa de enlace entre los delegados del grupo de interés gubernamental. En cuanto al grupo de interés de los empresarios, esta función es ejercida por la Unión de Industrias de la Comunidad Europea (UNICE). Por último, de la coordinación de los delegados del grupo de trabajadores se encarga la organización sindical comunitaria que han elegido, a saber, la Confederación Europea de Sindicatos (CES). La Comisión se encarga de los trabajos de secretaría del Comité y de los grupos de trabajo. La Secretaría depende de la Dirección General de Empleo y Asuntos Sociales (Unidad D/5)". Decisión del Consejo de 27 de junio de 1974. Asimismo, documento COM (2003) 346 final de 12 de junio de 2003. 26º Informe anual de actividades del Comité consultivo de Seguridad, Higiene y Protección de la salud en el trabajo relativo al año 2001.

Si relacionamos la fecha de creación de esta institución con el estado de protección del principio de Igualdad de trato entre mujeres y hombres en los años setenta, podemos fácilmente comprender como sus competencias en esta materia eran limitadas a diferencia de lo que ocurría con la Fundación Europea creada un año más tarde. Este Comité se ocupaba principalmente de reseñar los sectores donde la actuación era más necesaria, así como al intercambio de información sobre este tema. Expresamente se refería la Decisión del Consejo nº 74/325/CEE, de 27 de junio de 1974, al intercambio de la información “que pudiera conseguir”. Esta declaración demostraba las limitaciones existentes en ese momento en relación a la materia que estudiamos y no sólo a nivel comunitario sino también nacional. Por último, se le encomienda a este Comité la labor de servir de puente de información con las organizaciones sindicales y empresariales, y facilitar así la cooperación con todos los sujetos interesados.

Un año más tarde se crea la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo⁵⁷⁴. Su creación estuvo fundamentada en la creencia de que los problemas que plantea la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la sociedad moderna son cada vez más numerosos y complejos, de ahí que se le atribuyera como misión contribuir al establecimiento de estas mejores condiciones de vida y de trabajo, para lo cual se estableció que esta Fundación colaboraría con el resto de las instituciones europeas, especialmente al elaborar las políticas comunitarias que puedan incidir en el nivel de vida de los ciudadanos europeos como es el caso de la política de empleo, de medio ambiente, de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, etc.

Podemos observar por tanto, como ya en esta fecha el mecanismo de la transversalidad comienza a aparecer discretamente a través de instituciones como la Fundación que ahora estudiamos, centrada en conseguir que las cuestiones de salud laboral se tuvieran en cuenta en todas las materias que afectarían a los ciudadanos y no sólo en las materias propiamente laborales.

En correspondencia con esto último, podemos afirmar que con la Igualdad de Género y el mecanismo del *mainstreaming* defendido en la actualidad, se pretende conseguir la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos a través de la búsqueda de un equilibrio entre las cuatro parcelas de las que venimos hablando, atendiendo a las diferentes necesidades de hombres y mujeres. Se trata por tanto de trasladar el objetivo pero utilizando el mismo mecanismo, es decir, ahora buscamos la igualdad entre los géneros y no sólo la mejora de la salud como ocurría en los años setenta, pero lo hacemos igualmente incidiendo en todas las políticas que pueden afectar a hombres y mujeres, lo que supone en definitiva incidir en todas las políticas comunitarias, el campo de acción es entonces más amplio cuando buscamos la Igualdad de Género.

Para conseguir este objetivo, se considera necesario que la Fundación se encargue de manera especialísima de las cuestiones que a continuación se

⁵⁷⁴ Por su parte la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y trabajo fue creada por el Reglamento (CEE) nº 1365/75 del Consejo, de 26 de mayo de 1975. DOCE L nº 139 de 30 de mayo de 1975. Fue un resultado más del Programa de Acción social de 1974.

relacionan, centrándose en establecer las prioridades que correspondan para su mejora. En concreto la Fundación debe estudiar la organización del trabajo y, en especial, las características de los puestos de trabajo para adaptar las normas a las actuales exigencias de estos puestos de trabajo.

Debe además la Fundación analizar los problemas específicos de determinadas categorías de trabajadores, tanto por la particularidad de su concreta actividad como por la especialidad del propio colectivo, ya sean jóvenes, mujeres, parados de larga duración, etc. Esta competencia es la que ha permitido que se hayan realizado estudios especiales sobre los problemas que el desempeño de una actividad puede tener para una mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en el periodo de lactancia. A partir de estos estudios se ha intentado solucionar esos problemas bien mediante las adaptaciones de los puestos de trabajo, bien mediante el cambio de los mismos o en todo caso a través de la suspensión de la relación laboral. Fruto también de estas investigaciones llevadas a cabo por instituciones como la que analizamos, han surgido las prohibiciones de trabajo y la amplia protección que en el seno de la Unión Europea se ha dado a la maternidad.

La última competencia que vamos a citar de esta Fundación se refiere al estudio de la distribución de las actividades humanas y su ordenación en el tiempo. Como ya se ha puesto de manifiesto anteriormente, el tiempo es un factor esencial para la mejora de la vida de los trabajadores que deben compatibilizar trabajo y familia. Sobre estos aspectos temporales volveremos en la última política que analizaremos. Ahora sólo apuntamos que esa ordenación del tiempo de la que hablaremos en la última política, incide de forma muy particular en la salud de los trabajadores y por extensión en los costes de protección de la misma que deben soportar los empresarios y los propios Estados.

El desarrollo de estas funciones que hemos citado por parte de la Fundación se llevará a cabo a través de la recogida de datos sobre la materia y el intercambio de información, facilitando los contactos entre las universidades, las instituciones de estudio y de investigación, las administraciones y las organizaciones encargadas de la vida económica y social. Asimismo, fomentará la creación de grupos de trabajo, celebrará contratos para la elaboración de estudios, participará en estos estudios, organizará cursos, conferencias y seminarios⁵⁷⁵.

⁵⁷⁵ La Fundación estará constituida por: un Consejo de Administración, un Director y un Director adjunto, y un Comité de expertos. El Consejo de Administración estará compuesto por treinta miembros con la siguiente distribución: a) nueve miembros en representación de los gobiernos de los Estados miembros. b) nueve miembros en representación de las organizaciones de empresarios. c) nueve miembros en representación de las organizaciones de trabajadores. d) tres miembros en representación de la Comisión. 2. Los miembros a los que se refieren las letras a), b) y c) se nombrarán por el Consejo a razón de uno por cada Estado miembro y para cada una de las categorías referidas. El Consejo designará, al mismo tiempo, y en iguales condiciones que el miembro titular, a un miembro suplente que sólo participará en las reuniones del Consejo de Administración cuando se halle ausente un miembro titular. La Comisión designará a los miembros titulares y suplentes que hayan de representarla. 3 La duración del mandato de los miembros del Consejo de Administración será de tres años. El mandato es renovable. A la expiración de éste, o en caso de dimisión, los miembros seguirán ejerciendo sus funciones hasta que se proceda a la renovación de su mandato o a su sustitución. 4. El Consejo de Administración designará entre sus miembros, a su presidente y a tres vicepresidentes, que ejercerán el cargo durante un año. 5. El presidente convocará el Consejo de Administración, como mínimo, dos veces al año, y a petición de al menos un tercio de sus miembros. 6. Las decisiones del Consejo de Administración se adoptarán por mayoría absoluta de sus miembros. Toda esta información se puede encontrar en el artículo 6 del Reglamento de constitución.

Se trata por tanto, de una labor de difusión y de información general que facilitaría la comprensión de esta materia que estudiamos, ya que en el seno de esta institución se considera que, sin perjuicio de tener que seguir trabajando en la mejora de la salud en general de todos los ciudadanos, existen una serie de grupos más vulnerables como pueden ser las mujeres trabajadoras que requieren mayor atención, la cual debe ser descentralizada, comenzando en la propia empresa y hasta llegar a las propias instituciones europeas, destacándose nuevamente el importante papel de los interlocutores sociales⁵⁷⁶.

La reflexión que a continuación puede hacerse desde los postulados del Feminismo de la Diferencia, es que esa delimitación del colectivo que precisa de atención si bien tuvo razón de ser hace unas décadas, en la actualidad necesita actualizarse e incorporar también a los hombres respecto a los riesgos que conlleva la atención de las responsabilidades familiares, además de las profesionales.

Con esto se conseguiría algo que constituye una de las conclusiones fundamentales del estudio de esta política y es ampliar el campo de acción de la salud laboral al terreno privado, a la parcela privada de hombres y mujeres, superar así la concepción existente en la actualidad según la cual la salud, por calificarla como laboral, sólo debe ser atendida realmente en el centro de trabajo, en cuanto a los concretos riesgos que en éste se producen. Hoy día por las amplias jornadas de trabajo y los ritmos de vida los aspectos personales y profesionales se entremezclan en hombres y mujeres, principalmente en aquellos que optan por desarrollar ampliamente su parcela profesional además de la familiar. Esta necesidad actual demanda por tanto replantearse el contenido actual de la Política de Salud Laboral comunitaria y por extensión las nacionales⁵⁷⁷.

La última institución en ser creada, de estas tres que estudiamos, es la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo, regulada por tres reglamentos que contemplan su régimen jurídico⁵⁷⁸.

Concretamente en el primero de estos reglamentos y por el cual se crea en el año 1994, ya se insiste en un aspecto que hemos destacado en páginas previas de esta investigación, nos referimos a la necesidad de que los datos que se recogen para articular las medidas de respuesta a las necesidades de los

⁵⁷⁶ En parecidos términos se ha pronunciado PÉREZ ALENCART, A. *op. cit.*, pág. 67. Sobre esta Fundación puede consultarse SANCHO CUESTA, J. *op. cit.*, pág. 167 y ss.

⁵⁷⁷ Sobre estas conclusiones también se podría consultar la opinión de GARCÍA COLMENARES, C., PULEO GARCÍA, A. y CARRANZA AGUILAR, M.E. *El trabajo y la salud de las mujeres: reflexiones para una sociedad en cambio*. Ediciones Cálaro, 2002.

⁵⁷⁸ 1.- Reglamento (CE) n° 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994, por el que se crea la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo (DOCE L n° 216 de 20 de agosto de 1994). 2.- Reglamento (CE) n° 1643/95 del Consejo, de 29 de junio de 1995, que modifica el Reglamento (CE) n° 2062/94 por el que se crea la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo. (DOCE L n° 156 de 7 de julio de 1995) 3.- Y Reglamento (CE) n° 1654/2003 del Consejo, de 18 de junio de 2003, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2062/94 por el que se crea la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo. (DOCE L n° 245 de 29 de septiembre de 2003). La segunda modificación contiene disposiciones relativas a la inclusión de tres nuevos Estados miembros en 1995, y la tercera ha permitido actualizar el Reglamento de la Agencia con arreglo a las nuevas disposiciones de la UE en materia de finanzas y de acceso público a los documentos.

mercados de trabajo deben ser fiables y además ser desagregados por sexo, aunque esto último no lo diga expresamente esta norma del año 1994, sino que constituye una aportación nuestra, entendemos que es una exigencia en la actualidad⁵⁷⁹.

Para ello y para obtener el máximo beneficio posible de los trabajos que ya se están llevando a cabo por diversos organismos comunitarios, se consideró conveniente establecer una red que constituyera un sistema europeo de observación y de recogida de información sobre la seguridad y la salud en el lugar de trabajo, de cuya coordinación a escala comunitaria se encargaría esta Agencia Europea para la seguridad y la salud en el trabajo. Esta Agencia estaría encargada principalmente de asistir a la Comisión y de contribuir, en este contexto, al desarrollo de los futuros programas de acción comunitarios relativos a la protección de la seguridad y de la salud en el trabajo. Para lo que además trabajaría en estrecha relación con otros organismos y programas existentes a nivel comunitario y, en particular, con la Fundación Europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, con miras a evitar toda duplicación de cometidos⁵⁸⁰.

Esta última afirmación nos permite realizar una de las críticas que al sistema actual podemos dirigir y es la repetición de funciones y de cometidos por distintas instituciones comunitarias, aunque en teoría cada una de ellas tenga su función. Si analizamos esos cometidos en función de los resultados que

⁵⁷⁹ De acuerdo con el primero de estos Reglamentos, se considera que "la recogida, el tratamiento y el análisis de datos científicos, técnicos y económicos detallados, fiables y objetivos son necesarios para proporcionar a los organismos comunitarios, a los Estados miembros y a los medios interesados la información que les permita responder al conjunto de peticiones que reciben, adoptar medidas indispensables para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y ofrecer una información adecuada a las personas afectadas". Considerandos del Reglamento (CE) n° 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994.

⁵⁸⁰ Su composición está prevista en el artículo 8 del Reglamento (CE) n° 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994. "La Agencia tendrá un consejo de administración compuesto por veintisiete miembros, a razón de: a) doce miembros que representen a los Gobiernos de los Estados miembros; b) seis miembros que representen a las organizaciones empresariales; c) seis miembros que representen a las organizaciones de trabajadores; d) tres miembros que representen a la Comisión.

2. Los miembros a que se refieren las letras a), b) y c) del apartado 1 serán nombrados por el Consejo. Los miembros a que se refiere la letra a) del apartado 1 serán nombrados a propuesta de los Estados miembros, a razón de uno por cada Estado miembro. Los miembros a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1 serán nombrados, según un sistema de rotación, entre los miembros que representen a las organizaciones empresariales y de trabajadores del Comité consultivo para la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo creado mediante la Decisión 74/325/CEE, a propuesta de los grupos de dichos miembros que integran el Comité, a razón de uno por cada Estado miembro

El Consejo designará, al mismo tiempo y en las mismas condiciones que al miembro titular, un miembro suplente que únicamente participará en las reuniones del consejo de administración en ausencia del miembro titular o en los casos establecidos en el reglamento interno. La Comisión nombrará a los miembros titulares y suplentes que hayan de representarla. La duración del mandato de los miembros de consejo de administración será de tres años. El mandato será renovable, excepto para los miembros a que se refieren las letras b) y c) del apartado 1. Al término de su mandato o en caso de dimisión, los miembros seguirán en funciones hasta que se proceda a la renovación de su mandato o a su sustitución. El consejo de administración designará de entre sus miembros, por un periodo de un año, a su presidente y a tres vicepresidentes. El presidente convocará al consejo de administración por lo menos dos veces al año y cada vez que así lo solicite un tercio, como mínimo, de sus miembros. 6. Las decisiones del consejo de administración se adoptarán por mayoría de dos tercios de sus miembros. Cada miembro del consejo de administración dispondrá de un voto. Los miembros suplentes no tendrán derecho a voto excepto en los casos en que el miembro titular no esté presente. 7. El presidente del consejo de administración y el director de la Fundación europea para la mejora de las condiciones de vida y de trabajo podrán asistir como observadores a las reuniones del consejo de administración. El consejo de administración adoptará el reglamento interno que entrará en vigor tras la aprobación del Consejo, previo dictamen de la Comisión".

se nos presentan, resulta que son muchos los estudios y estadísticas, las recomendaciones, etc., centradas en los mismos aspectos⁵⁸¹. Esto unido al consiguiente presupuesto económico que el funcionamiento de las mismas supone, nos anima a pensar que sería más eficaz que una sola institución se ocupara de realizar ese seguimiento estadístico, esa valoración de la realidad, además de ocuparse del intercambio de informaciones. Esto podría hacerse bien mediante la creación de una nueva institución o bien mediante la modificación de las líneas de acción de las ya existentes, centradas esas nuevas líneas en la ejecución y control efectivo de las medidas que se propongan. Aunque esto puede resultar utópico, una de las demandas que puede hacerse en toda esta materia que analizamos y que hemos destacado a lo largo de nuestra investigación, es la necesidad de simplificar la abundante legislación así como los procedimientos administrativos existentes para canalizar de mejor forma las ayudas y presupuestos que a la materia se destinan.

Esto que señalamos se comprueba perfectamente si analizamos las competencias que los tres reglamentos que regulan la Fundación atribuyen a ésta⁵⁸², en concreto:

- a) Recoger y difundir información técnica, científica y económica en los Estados miembros con objeto de informar a los organismos comunitarios, los Estados miembros y los medios interesados.
- b) Preparar y evaluar la legislación y las medidas en el ámbito de la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, especialmente, en lo relativo a las repercusiones de la legislación sobre las empresas y, en particular, en las pequeñas y medianas empresas.
- c) Fomentar y apoyar la cooperación y el intercambio en materia de información y experiencias entre los Estados miembros en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo⁵⁸³.

⁵⁸¹ En concreto de la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el trabajo, podemos citar el Informe elaborado sobre la *Repercusión económica de la seguridad y salud en el trabajo en los Estados miembros de la Unión Europea*. 1997. En este informe se realiza una consulta en todos los Estados miembros sobre los beneficios y costes de proteger la seguridad y salud de los trabajadores. Se llega a la conclusión de que a la hora de aprobar una normativa sobre esta materia se deben tener en cuenta los costes de su aplicación para las empresas y para los propios gobiernos. Es habitual realizar esa valoración *a priori* pero no *a posteriori* con lo que no se observan todas las repercusiones positivas que esta actuación supone, aunque también se constata la dificultad de realizar esa evaluación por no existir herramientas metodológicas comunes en todos los Estados miembros. No existen instrumentos para su evaluación que resulten fiables y comunes en todos estos Estados. Además, se analiza la viabilidad de estímulos económicos para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores como es el caso de las subvenciones, las sanciones financieras y multas, y los incentivos y descuentos en los regímenes de Seguridad Social.

⁵⁸² Los Reglamentos restantes reguladores de esta institución han venido a adaptar la composición y el funcionamiento de esta Agencia a las nuevas exigencias de la realidad existente en la Unión Europea. Así el Reglamento 1643/95, lo que hace es adaptar la composición de esta Agencia a nuevas circunstancias de la Unión, concretamente la composición del Consejo de administración de la Agencia en lo que respecta a la representación de las organizaciones empresariales y de trabajadores, todo ello para tener en cuenta la adhesión de Austria, Finlandia y Suecia. Junto al anterior, el Reglamento (CE) n° 1654/2003- y como consecuencia de la aprobación del Reglamento (CE) n° 1049/2001 de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión- ha supuesto considerar a las Agencias y otros órganos similares a los efectos de aplicar normas conformes con dicho Reglamento y por tanto permitir el acceso del público a su documentación.

⁵⁸³ Sobre este aspecto puede consultarse ANTOLÍN L. *Cooperación en salud con perspectiva de género*. Instituto de Salud Carlos III, Madrid, 1997.

- d) Organizar conferencias y seminarios, así como intercambios de expertos de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad y la salud en el trabajo.
- e) Y contribuir al desarrollo de los futuros programas de acción comunitarios relativos al fomento de la seguridad y de la salud en el trabajo, sin perjuicio de las competencias de la Comisión⁵⁸⁴.

Como puede comprobarse todas estas funciones de una u otra forma se han atribuido a las dos instituciones que hemos estudiado con anterioridad, de ahí que realicemos esa solicitud de compendio no sólo del acervo comunitario existente en esta materia sino de las propias instituciones con competencia en la misma⁵⁸⁵.

A modo de conclusión y desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, debemos valorar positivamente la tercer línea de acción fijada en el Programa de Acción comunitario puesto en práctica entre 2002-2006, el cual se centra en la integración de la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación de riesgos, en las medidas preventivas e incluso en los medios de indemnización, no sólo porque supone aplicar la transversalidad que defendemos en el diseño y puesta en práctica del Programa, sino porque parte de la concepción más amplia del derecho de igualdad que también se defiende desde esa perspectiva, en el sentido de igualdad y equilibrio de las cuatro parcelas de hombres y mujeres.

Además de la conclusión anterior, podemos destacar como la Política de Salud Laboral se encuentra estrechamente relacionada con la política que hemos estudiado en el capítulo anterior. En este sentido sólo queremos recordar que, como ya explicamos en su momento, las orientaciones de empleo pueden ser un mecanismo adecuado para canalizar esas líneas de actuación antes mencionadas y, más concretamente, para avanzar en el camino defendido en esta investigación e integrar la dimensión de la igualdad entre hombres y mujeres en la evaluación de riesgos, en la formulación de las medidas preventivas que se aprueben e incluso en los mecanismos de indemnización.

La tercera conclusión a la que se llega con el estudio de esta política es que, como hemos apuntado anteriormente, precisa ser actualizada en su

⁵⁸⁴ Artículo 23 del Reglamento (CE) n° 2062/94 del Consejo, de 18 de julio de 1994. Su artículo 23 que prevé que: "a más tardar cinco años después de la entrada en vigor del presente Reglamento, el Consejo, basándose en un informe de la Comisión acompañado, en su caso, de una propuesta y previa consulta al Parlamento Europeo, revisará el presente Reglamento y cualquier posible nueva misión de la Agencia que pudiese resultar necesaria". Esta revisión se ha iniciado con la Comunicación de la Comisión al Consejo relativa al Informe de la Comisión sobre la Agencia europea para la seguridad y la salud en el trabajo. COM (2001) 163 final de 23 de marzo 2001.

⁵⁸⁵ Algunas de las propuestas que se han realizado en este trabajo también se contienen en el informe de evaluación que de esta Agencia se realizó en el año 2004. Concretamente nos referimos a la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre la evaluación de la Agencia europea para la seguridad y salud en el trabajo que además se acompaña de una propuesta de reforma del Reglamento (CE) n° 2062/94. COM (2004) 50 Final de 23 abril de 2004. En este informe se insiste en la necesidad de que la información recopilada por la Agencia se analice además por dicha institución y que dicha información sea accesible para los ciudadanos.

contenido ya que tanto en la evaluación de riesgos, como en las medidas preventivas y reactivas previstas para las concretas situaciones que se protegen en las normas que han sido estudiadas, el hombre no es contemplado como destinatario de medidas de protección de esta salud laboral, no al menos en el sentido de las responsabilidades familiares que pueda tener⁵⁸⁶.

Por ejemplo, y como ya han puesto de manifiesto algunos autores⁵⁸⁷, no se entiende el por qué de la exclusión de los varones de la Directiva 92/85 si uno de los aspectos protegidos por la misma es la lactancia, en los términos definidos en las legislaciones de los Estados miembros⁵⁸⁸, y en líneas generales estas legislaciones no excluyen expresamente la lactancia artificial sino que se refieren a ésta en sentido amplio, incluyendo toda forma de alimentación del recién nacido.

Este comportamiento tiene como consecuencia que las responsabilidades familiares que surgen a continuación de esa función reproductora no sean tenidas en cuenta a los efectos de la protección de la salud laboral, la cual se puede ver especialmente perjudicada en aquellas personas que deben compatibilizar horarios de trabajo y cuidado de las familias. Ya hemos analizado en páginas previas algunos de los riesgos más frecuentes que pueden sufrir las mujeres como el estrés, la fatiga, etc., los cuales en la mayoría de las ocasiones se producen por la dificultad de compatibilizar vida privada y pública, pudiendo esto afectar a hombres y mujeres por igual. De ahí que el ámbito de aplicación subjetivo deba ser ampliado para incluir a los varones y además deba ampliarse el elenco de aspectos protegidos para incluir esas responsabilidades familiares⁵⁸⁹.

Esto además permitiría que dicho comportamiento se trasladara a los Estados miembros destinatarios directos y obligados al cumplimiento de las políticas comunitarias y, por tanto, a la aprobación de medidas que tengan en cuenta estas necesidades que venimos apuntando, pero de forma individual y diferenciada⁵⁹⁰. Hasta la fecha la labor de estos Estados se ha centrado en eliminar aquellas disposiciones que con un afán de protección realmente provocaban discriminaciones para la mujer⁵⁹¹. Ahora se propone dar un paso más y avanzar en la protección de ambos, de mujeres y hombres teniendo en cuenta

⁵⁸⁶ Ya algunos autores han puesto de manifiesto que también en este aspecto existen diferencias entre hombres y mujeres. Concretamente señalan BRUNEL ARANDA, S. y MORENO, N. que “[...] no nos debe extrañar que cuando hablamos riesgos laborales existen diferencias importantes entre mujeres y hombres, y que en una parte importante se explique por las tareas que realizamos. Por ejemplo, todas las encuestas referentes a la percepción de riesgos señalan que los riesgos a los que se encuentran expuestos los hombres están relacionados con la seguridad y la higiene, mientras que las mujeres relatan, mayoritariamente, riesgos relacionados con la organización del trabajo y la ergonomía”. En AA.VV. *Salud y Género: la salud de la mujer en el umbral del siglo XXI*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, XIII Jornadas de Investigación Interdisciplinar, 2001, Madrid, pág. 331.

⁵⁸⁷ GARRIGUES JIMÉNEZ, A. *op. cit.*, pág. 54 a56.

⁵⁸⁸ Concretamente este comentario se refiere a España.

⁵⁸⁹ Este elenco ya ha sido ampliado en los últimos años, incluyendo una amplia regulación del acoso como circunstancia que afecta principalmente a las mujeres y en particular a su salud psíquica.

⁵⁹⁰ BRUNEL ARANDA, S. y MORENO, N. *op.cit.*, pág. 333.

⁵⁹¹ ALONSO OLEA, M. “El trabajo de la mujer”. *op.cit.*, pág. 112 y ss

sus necesidades concretas, los riesgos a los que están sometidos y las dificultades para conciliar familia y trabajo. Esto va a suponer diferenciar, en las evaluaciones de riesgos que se realicen en las empresas, los riesgos de mujeres y hombres, incluyendo los que sean comunes y adoptando medidas de solución para cada uno de ellos. Lo que además va a permitir el acercamiento al equilibrio que debe existir entre el derecho a la igualdad de trato y el derecho a la salud.

En definitiva, lo que estamos reclamando desde el Feminismo de la Diferencia, es que basándonos en esas diferencias que existen entre mujeres y hombres amplíemos el contenido de la Política de Salud, incluyendo además de la maternidad otras responsabilidades que surgen en paralelo o al margen de ésta, y que esto se realice mediante la delimitación de las situaciones que pueden afectar a los trabajadores, más allá del riesgo por embarazo, del parto o de la lactancia, como hasta ahora se ha hecho.

En esta necesidad de reforma se avala además si tenemos en cuenta que las normas con las que hoy pretendemos defender la Igualdad de Género se aprobaron en la etapa de defensa de la Igualdad de trato tradicional y, por ello, dichas normas no pueden haber sido elaboradas bajo la perspectiva de esa Igualdad de Género y desde los postulados del Feminismo de la Diferencia, como lo demuestra el contenido de esta Política de Salud Laboral que hemos analizado.

Para todo ello entendemos que el método de coordinación entre las actuaciones de la Unión Europea y las de los Estados miembros es el mecanismo más idóneo si bien se precisa esa simplificación administrativa y legal referida en páginas previas.

CAPÍTULO IX:

POLÍTICA DE CONCILIACIÓN DE LOS TIEMPOS DE ATENCIÓN A LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y PROFESIONALES

Política de Conciliación de los tiempos de atención a las responsabilidades familiares y profesionales

9.1. Introducción

De acuerdo con la delimitación del tema de investigación que realizamos en el capítulo primero, en esta última política que vamos a estudiar intentaremos analizar las licencias que en el Derecho Comunitario se conceden a los trabajadores que necesitan conciliar trabajo y familia. Este estudio parte de la distribución que también apuntamos en aquel momento; es decir, la propuesta que hicimos fue distinguir entre los permisos propiamente femeninos, como son el permiso para exámenes prenatales y el permiso de maternidad, y aquellos otros permisos que pueden reconocerse a hombres y mujeres: los permisos parentales, la reducción de jornada y las excedencias.

Esta delimitación que hacemos de las licencias que vamos a estudiar nos obliga a realizar varias aclaraciones previas. La primera se refiere a los motivos por los cuales en esta última política sí hemos descendido al examen concreto de la regulación existente en los Estados miembros respecto de cada uno de estos permisos, cuando en el resto de políticas nos hemos limitado al planteamiento comunitario. Estos motivos son básicamente dos. Por una parte, las directivas que se van a examinar en este capítulo tienen un contenido muy concreto, crean directamente derechos y obligaciones para los ciudadanos y por ello la posibilidad de arbitrariedad en la interpretación por parte de los Estados miembros debe ser menor⁵⁹².

Y por otra parte, hablar de la conciliación de la vida familiar y laboral supone referirse, no de forma exclusiva pero sí de forma preferente, al

⁵⁹² La Directiva 92/85 que reconoce el derecho a un permiso de maternidad se examinó en la Política de Salud Laboral, pero su contenido respecto de la duración del permiso de maternidad y la retribución del mismo se ha preferido concretar en este capítulo, para tener una mejor sistemática de la tipología de permisos.

tiempo⁵⁹³ y en concreto, al tiempo de trabajo así como al tiempo personal y de atención a las responsabilidades familiares, lo que constituye un aspecto muy puntual.

La segunda aclaración se refiere precisamente al concepto de conciliación de tiempos para atender las responsabilidades familiares y las profesionales. La conciliación de la vida familiar y laboral engloba muchos aspectos de la vida privada y pública de los hombres y las mujeres. A nosotros nos interesan sólo los aspectos laborales aunque en este estudio hayamos incluido algunas valoraciones y datos que exceden de este ámbito.

En definitiva, lo que nos interesa es analizar los instrumentos temporales que se han creado para atender ambos tipos de responsabilidades, incidiendo, además, en la cobertura económica que estos instrumentos conllevan. Pero con esto no se agotaría el tema de la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas que trabajan, ya que esta conciliación exige dar respuestas a otros muchos aspectos⁵⁹⁴. Se trata de factores que, de una forma u otra, se relacionan con los conflictos que la exigencia de conciliación provoca en el seno de las sociedades actuales. Estos conflictos se producen desde diferentes puntos de vista.

En primer lugar, entre los intereses de los empresarios y de los trabajadores que, por definición, son contrapuestos. Los empresarios buscan la máxima productividad, lo que es legítimo desde el punto de vista del Derecho a la Libertad de Empresa; mientras que los trabajadores persiguen trabajar menos a cambio de mejores retribuciones, lo que igualmente como postura está legitimada. Este conflicto también se pone de manifiesto en los tiempos de trabajo y atención a la familia, ya que el empresario considera esas licencias como una minoración de la productividad de la empresa y por supuesto del propio trabajador, y por su parte el trabajador no puede atender a los intereses que fija la empresa si precisa dedicar tiempo a las responsabilidades familiares o, cuando menos, le resulta más complicado⁵⁹⁵.

El segundo tipo de conflicto lo encontramos en la esfera privada de los individuos, en el seno de las familias, entre los hombres y las mujeres que trabajan dentro y fuera de casa. En estos casos, ambos individuos deben negociar el reparto de tareas respecto a los hijos y otros familiares, lo que puede generar conflictos entre ellos⁵⁹⁶.

⁵⁹³ Así también lo ha puesto de manifiesto CABALLERO BELLIDO, M. "Políticas empresariales de conciliación de la vida familiar y laboral: buenas prácticas.". *Emakunde*, Bloque temático 7, Tema 7.4, Gobierno Vasco y Fondo Social Europeo, Infopolis, 2000, Universidad del País Vasco. www.ehu.es. pág. 3.

⁵⁹⁴ Aspectos económicos que exceden de las prestaciones que reciben los trabajadores, aspectos sociológicos relativos al comportamiento de los individuos, aspectos de la educación de los niños y mayores, etc.

⁵⁹⁵ PRIETO, C. pone de manifiesto la diferente evaluación que del tiempo de trabajo realizan las empresas y los trabajadores. Las primeras lo hacen en función de la productividad o beneficios económicos que obtienen, mientras que los trabajadores consideran el tiempo de trabajo como el tiempo dedicado a una actividad que les proporciona no sólo recursos económicos para vivir sino también, reconocimiento social, además del coste que les supone para su vida personal. "Sentido y valor del tiempo de trabajo profesional. Género y representaciones de la vida personal". *op. cit.*, pág. 39 y 40.

⁵⁹⁶ Esto se debe hacer con el fin de que la buscada conciliación no sea sólo cosas de mujeres, es decir, pretendida por ellas y para ellas.

El tercer tipo de conflicto se produce entre el Estado y los empresarios, ya que estos últimos consideran que no deben ser ellos los que asuman los costes de esta conciliación, considerando que es el Estado el que debe asumirlo, a lo que responden los Estados argumentando que el coste resulta excesivo si lo asumen ellos en solitario.

Y por último, existe un cuarto conflicto entre los propios trabajadores y el Estado, por la necesidad de que éste último y con cargo a los presupuestos públicos reconozca medidas de apoyo a la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales.

Estos cuatro tipos de conflictos van a estar presentes en los instrumentos temporales que vamos a analizar, principalmente el conflicto entre trabajadores y empresarios, y entre éstos últimos y el Estado. Todos, a su vez, van a repercutir en el equilibrio entre las parcelas públicas y privadas de hombres y mujeres.

Además de la delimitación anterior y antes de entrar en la regulación legal de estas licencias y en su valoración desde la perspectiva feminista que hemos elegido, entendemos que es necesario realizar una tercera aclaración conceptual de la cual vamos a partir para realizar este análisis. Esta aclaración se refiere a los conceptos de permiso de maternidad, permiso de paternidad y permiso parental.

La Directiva 96/34 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, constituye el objeto central de estudio de esta política que comenzamos, como veremos a continuación. De esta norma debemos resaltar la cláusula segunda del Acuerdo que la integra ya que, a la hora de referirse al permiso parental, lo configura como un derecho individual de hombres y mujeres cuya causa de disfrute es el nacimiento o adopción de un hijo⁵⁹⁷.

De la lectura de esta cláusula puede extraerse la idea de que el permiso parental, del que se habla en esta norma comunitaria, es un permiso de los padres, de ambos; no es sólo ni un permiso de maternidad (de la madre) ni un permiso de paternidad (del padre)⁵⁹⁸. Se trata de un derecho de ambos, que debe ser ejercido individualmente, lo que lleva a pensar que su traducción en los ordenamientos jurídicos nacionales debe producirse tanto con el reconocimiento de un permiso para las madres (o de maternidad), un permiso para los padres (o de paternidad), o como con un permiso para ambos. En relación con este último, son posibles dos opciones: o bien son los padres los que deciden cómo

⁵⁹⁷ Expresamente señala que "1. en virtud del presente Acuerdo, y sin perjuicio de la cláusula 2.2, se concede un derecho individual de permiso parental a los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo, para poder ocuparse del mismo durante un mínimo de tres meses hasta una edad determinada que puede ser de hasta ocho años y que deberán definir los Estados miembros y/o interlocutores sociales".

⁵⁹⁸ En la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000 (DOCE L nº 218 de 31 de Julio 2000), relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, se alentó a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que sus respectivos ordenamientos jurídicos reconocieran a los hombres trabajadores el derecho individual intransferible al permiso de paternidad, manteniendo sus derechos en materia laboral.

repartirlo, o bien el propio Estado fija las reglas del reparto de este tercer permiso. Sin perjuicio de las reglas de retribución de los tres tipos de permisos que corresponde fijar a los Estados. Sobre la posibilidad de reparto del permiso parental conjunto volveremos en siguientes páginas.

Esta es una de las interpretaciones posibles de la norma de 1996 que, además, resulta avalada por el considerando octavo de la Directiva, el cual configura el permiso parental como un permiso diferente al ya conocido permiso de maternidad, del cual sólo son titulares las mujeres. Por tanto, parece que esta norma atribuye a las mujeres un derecho por el nacimiento o adopción de un hijo diferente de ese permiso de maternidad, es decir, un periodo que se añadiría a éste. Esta confusión ha llevado a algunos autores a considerar que en esta norma queda “expresamente excluido el permiso por maternidad” –el cual es regulado por otras normas comunitarias⁵⁹⁹– y que sólo se hace referencia al permiso de paternidad o del padre⁶⁰⁰.

Por tanto y además por corresponderse con la distribución de los permisos que hemos realizado unas líneas más arriba y que defendemos en este trabajo, vamos a partir de la idea de que no es lo mismo el permiso de maternidad que el permiso de paternidad y que el permiso parental. El primero se debe reconocer a las madres, el segundo a los padres, y el tercero a ambos, pudiendo ser en forma de reducción de jornada y/o excedencia⁶⁰¹.

Esta diferenciación se corresponde con uno de los postulados básicos del Feminismo de la Diferencia, ya que se atiende al individuo, a sus necesidades, para configurar los derechos que se le conceden⁶⁰². Esta filosofía de fondo parece que se

⁵⁹⁹ De hecho ya lo hemos estudiado en la Política de Salud Laboral a raíz de la Directiva 92/85.

⁶⁰⁰ SIERRA HERNAIZ, E. “Comentario a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por La UNICE, el CEEP y la CES”. *Actualidad laboral XLIX*, pág 717.

⁶⁰¹ En el Informe sobre la mujer y la corresponsabilidad parental de 31 de marzo de 1993 del Parlamento Europeo, se destaca el concepto de “autoridad parental”. Según se establece en este documento “desde el momento de su nacimiento y a causa de su propia vulnerabilidad, el niño tiene derecho a la total protección y asistencia de sus padres y de la sociedad. Por su responsabilidad sui generis, los padres ejercen sobre sus hijos un conjunto de derechos y de deberes que se denominan Autoridad Parental. El ejercicio de la autoridad parental se articula en torno a tres grandes principios: a) se trata de un conjunto de derechos y deberes que deben ejercer los padres sobre sus hijos; b) todas las decisiones en materia de autoridad parental deben estar exclusivamente destinadas a garantizar el bienestar material y moral del niño, en particular, en materia de custodia, vigilancia, mantenimiento, educación y gestión de sus bienes; c) los términos “padre”, “madre”, y “padres”, responsables de la autoridad parental, se aplican a las personas que tienen un vínculo natural y/o jurídico de filiación con el niño” (punto II del Informe). Informe A3-0122/93. Puede encontrarse en Parlamento Europeo. Documentos de sesión 31 de marzo de 1993. www.pe.es. 13 de agosto de 2004. Entre las medidas que se proponen en este documento para hacer frente a la situación laboral de las mujeres destacan “la adaptación de los servicios destinados a los niños y utilizados por las madres solas. Los servicios de acogida (casas cuna, guarderías, centros infantiles, escuelas de párvulos) son insuficientes y a menudo costosos. Las mujeres solas deben tener un acceso prioritario a estos servicios y el precio debe calcularse en función de una fuente de ingresos única; -la existencia de modalidades de custodia a domicilio para facilitar la tarea de las mujeres solas que deben llevar a cabo una actividad profesional que les impone horarios rígidos y asumir simultáneamente sus obligaciones familiares en el marco de la responsabilidad parental”.

⁶⁰² Sobre esta materia también puede consultarse TORNOS, T. “El tiempo de trabajo de las mujeres: entre la invisibilidad y la necesidad”. En CARRASCO, C. *Tiempos, trabajos y género*. Publicaciones de la Universidad de Barcelona, 2001. También puede destacarse FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO. *Preferencias en cuanto al tiempo de trabajo en las distintas etapas de la vida*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001. <http://www.europa.eu.int/comm...15> de noviembre 2005. pág. 1-8. FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO. *Combinar familia y trabajo: el reparto del trabajo entre hombres y mujeres*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 2001. <http://www.europa.eu.int/comm...15> de noviembre 2005. pág. 15-22.

contiene en la regulación europea de las licencias que vamos a analizar. Lo que intentaremos en las próximas páginas es analizar si, efectivamente, la evaluación que de las mismas puede realizarse desde la perspectiva de esta corriente feminista es satisfactoria, en el sentido de que el impacto de género se esté aplicando en el diseño, puesta en práctica y evaluación de las mencionadas licencias.

9.2. Regulación legal del tiempo para trabajar y atender a las responsabilidades familiares

El estudio de estos dos aspectos, tiempo para trabajar y tiempo para atender a la vida personal que incluye las responsabilidades familiares, se va a realizar por exclusión, en el sentido de que vamos a centrarnos en el tiempo dedicado a la vida familiar a través de las medidas previstas legalmente, y por tanto, el restante sería el tiempo que los individuos dedican al trabajo⁶⁰³.

Aunque este reparto puede parecer simple, lo cierto es que la observación de la realidad demuestra que los sujetos distribuyen su tiempo entre lo profesional y lo personal, incluyendo este último, como señalamos al comienzo de este trabajo de investigación, los tiempos dedicados al estudio, al ocio, al descanso, a la familia, etc. Nosotros vamos a centrarnos sólo en el tiempo de atención a las familias que, en el caso de que existan hijos u otras personas dependientes, prácticamente abarca todo el tiempo de la vida personal de los trabajadores.

En cuanto a la regulación legal de estos permisos que pretenden hacer posible la conciliación de la vida familiar y laboral, debemos destacar que la principal norma que los contempla es la ya mencionada Directiva 96/34, respecto de la cual debemos destacar dos aspectos fundamentalmente⁶⁰⁴, uno su procedimiento de aprobación y dos su contenido⁶⁰⁵.

⁶⁰³ Sobre este aspecto existen otras regulaciones comunitarias que no van a ser objeto de estudio en este trabajo de investigación.

⁶⁰⁴ Sobre esta concreta norma debemos destacar que "el primer proyecto de la Comisión para una Directiva sobre el permiso parental data de 1983. En aquel momento fue concebida para apoyar los esfuerzos de la Comunidad para favorecer el desarrollo armonioso del mercado común (Falkner 1998). Diversas disposiciones nacionales, se argumentó, obstaculizaban la integración europea. Debido a la oposición británica, el proyecto estuvo aparcado durante casi una década". OSTNER, I. *op. cit.*, pág. 59. Además de destacar sus antecedentes, debemos señalar que para su elaboración se tomaron en cuenta la Carta Social de 1989, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, la propuesta de Directiva que realizó la Comisión sobre la misma materia (COM (83) 686 final, modificada en 1984 COM (84) 631 final), y la Recomendación 84/635/CEE de 13 de diciembre, relativa a la promoción de Acciones positivas a favor de la Mujer. Además, el propio Consejo de Ministros en una Resolución de 6 de diciembre de 1994 invitaba a los interlocutores sociales a una mayor participación, ya que están más cerca de la realidad social y de los problemas de empresarios y trabajadores, de ahí que se insistiera en la intervención de estos representantes. A pesar de esta regulación algunos autores hablan de "fracaso" en la materia. Así ROSSILLI, M. señala que "[...] la Comisión Europea ha fracasado repetidamente en sus intentos por promover una reglamentación comunitaria sobre flexibilidad laboral y una división más eficiente y equitativa de las responsabilidades familiares entre los padres. Los borradores de las directivas sobre derecho al permiso parental y protección de los trabajadores con contratos temporales o a tiempo parcial han estado paralizados al proceso de toma de decisiones del Consejo desde mediados de los años 80 [...]". *op. cit.*, pág. 30.

⁶⁰⁵ Un estudio sobre estos aspectos puede encontrarse en SIERRA HERNAIZ, E. "Comentario a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por La UNICE, el CEEP y la CES". *op. cit.*, págs. 715 y ss. En este artículo se realiza un recorrido por el contenido de la Directiva, se destacan sus

– Muy brevemente vamos a reseñar los aspectos principales de su procedimiento de aprobación, ya que responden a una de las ideas que venimos defendiendo en este trabajo de investigación, la relativa a la mayor participación de los interlocutores sociales en los aspectos relativos a la Igualdad de Género. Entendemos que estos representantes pueden hacer valer de forma más satisfactoria los intereses de los sujetos que intervienen en las relaciones laborales, aunque los puntos de partida e intereses sean contrapuestos.

La particularidad de esta directiva que estudiamos es que recoge un acuerdo previo celebrado a nivel europeo entre los representantes de empresarios y trabajadores. El actual artículo 139 TUE⁶⁰⁶ prevé una alternativa al procedimiento legislativo común del Derecho Comunitario. Esta alternativa consiste en la celebración de un acuerdo entre los interlocutores sociales legitimados a nivel comunitario y cuya eficacia puede ser establecida en un doble sentido: o bien sólo se aplica a los sujetos representados por los negociadores o bien, y esto es lo habitual, se puede ampliar su eficacia y ámbito de aplicación, trasladando el contenido del acuerdo a una norma de derecho comunitario derivado, normalmente directivas, que obligarían a todos los Estados miembros⁶⁰⁷.

El procedimiento se reduce a una propuesta de la Comisión, cuyo contenido coincide con el acuerdo aprobado anteriormente por los interlocutores sociales y que, previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, es aprobada por el Consejo de Ministros, el cual la confirma mediante la aprobación de la Directiva, ya sea por mayoría cualificada o unanimidad según la materia. Este es el procedimiento que se ha seguido en el caso de la Directiva que ahora estudiamos, lo que ha permitido la intervención directa de los interlocutores sociales mediante un papel protagonista en la regulación de esta materia⁶⁰⁸.

– En cuanto al contenido de la Directiva del año 1996, para adaptar su estudio a la estructura de permisos que hemos diseñado, vamos a realizar, en

antecedentes, entre ellos, la propuesta de Directiva del Consejo relativa a los permisos parentales y a los permisos por razones familiares [COM (83) 686 final, modificada en 1984 COM (84) 631 final], y se recuerda que estos permisos a los que se refiere la Directiva son distintos del llamado permiso por maternidad que expresamente queda excluido. Además sobre este aspecto puede consultarse AA.VV. *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 130 y ss.

⁶⁰⁶ Originariamente esta posibilidad se preveía en el artículo 4.2 del Acuerdo de Política Social anejo al Protocolo de Política Social, adjunto éste a su vez al Tratado de Maastricht, que ha sido incorporado al texto del Tratado con la reforma operada en Amsterdam (actual artículo 139).

⁶⁰⁷ La Directiva 96/34 se aprobó antes de la incorporación de este precepto al Tratado de Amsterdam y, por ello conforme al Protocolo de Política Social, que recordamos no se aplicaba al Reino Unido e Irlanda del Norte. Con posterioridad a la aprobación de la Directiva 96/34, el Reino Unido e Irlanda del Norte solicitaron la aplicación de esta norma en sus ordenamientos internos, lo que fue aprobado mediante la Directiva 97/75, de 15 de diciembre de 1997, por la cual se modifica y amplía a estos países la Directiva sobre el permiso parental. Esta técnica de descuelgue inicial y posterior solicitud de aplicación ha sido muy utilizada por estos Estados miembros reacios a la intervención de la Unión en materia de Política Social, y todo ello porque la no aplicación de la misma afectaba al “funcionamiento del mercado interior”. (considerandos de la Directiva).

⁶⁰⁸ Debemos recordar que el permiso de maternidad está previsto en la Directiva 92/85 y ésta no fue fruto de un Acuerdo Marco sino del procedimiento legislativo común existente en el Derecho comunitario. Para ampliar el estudio de esta materia puede consultarse MOLINA GARCÍA, M. “La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada”. En Tirant on-line. www.tirantonline.com 23 de noviembre de 2005. pág. 1-29.

un primer momento, el examen de algunas premisas de la norma que consideramos necesarias aclarar previamente para, a continuación, analizar cada una de estas licencias. Dicho examen terminaría con la referencia a otros aspectos contenidos en el Acuerdo Marco que recoge la Directiva y que vienen a completar el régimen legal de estas licencias⁶⁰⁹.

El análisis de estos últimos aspectos lo entendemos necesario para poder conocer los fundamentos sobre los que se ha construido la regulación legal de las medidas temporales que nos interesa estudiar. Comenzamos, por tanto, por la aclaración de dos premisas sobre las que sustentamos el examen que realizaremos a continuación:

1) En terminos generales, la directiva del año 1996 utiliza la expresión "padres que trabajan" para referirse a los destinatarios de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, lo que permite concluir que las parejas de hecho también están incluidas, al menos así lo hemos considerado⁶¹⁰.

Además de esta aclaración, la expresión utilizada por la directiva puntualiza que sólo serán beneficiarios los padres que trabajan, lo que supone excluir del permiso de paternidad y del permiso parental a los progenitores que no trabajan. Al ser una expresión utilizada en plural, "padres", también podemos considerar que cuando uno de los dos no trabaje no nacerá derecho alguno al disfrute de estos permisos. Esto es lo que ocurre actualmente cuando la madre no trabaja. En este caso no existe derecho al permiso de maternidad por pura lógica, pero tampoco el padre tiene derecho a algún tipo de permiso, más allá de los días de hospitalización de la madre o del recién nacido. Esto último es lo que ocurre en muchos Estados miembros, aunque no en todos.

2) La segunda premisa que nos interesa destacar se refiere a otro aspecto importante de este permiso parental, y es la configuración que esta norma comunitaria hace del mismo al considerarlo como un derecho individual del trabajador, hombre y mujer, no transferible "en principio"⁶¹¹. Si esto lo relacionamos con la aclaración que hemos realizado al principio de este capítulo, la pregunta que surge es la siguiente ¿si expresamente se dice en esta norma que este permiso no es el de maternidad que se encuentra regulado por otra norma comunitaria⁶¹², y a continuación dice que el permiso parental del que habla es un derecho individual no transferible, cómo debemos entender esta previsión?

Una interpretación posible es la que hemos realizado en este trabajo, en el sentido de considerar que, de acuerdo con la normativa comunitaria, exis-

⁶⁰⁹ Un examen de esta norma puede encontrarse en TORRENTE GARI, S. "Comentario a la Directiva 96/34 de aplicación del acuerdo marco sobre el permiso parental". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 2, 1997, págs. 201-222.

⁶¹⁰ Cláusula primera de la Directiva.

⁶¹¹ Cláusula segunda del Acuerdo.

⁶¹² Considerando noveno del Acuerdo.

te un permiso de maternidad regulado por la Directiva 92/85⁶¹³, y otros permisos regulados por esta norma de 1996⁶¹⁴. Estos otros permisos, que pueden ser de un mínimo de tres meses hasta un máximo de ocho años, deben ser concretados por los Estados miembros pero, en cualquier caso, en el reparto que realicen deben tener en cuenta que el periodo que se atribuya a hombres y mujeres no puede ser transferible entre ellos, debe configurarse como un periodo de disfrute individual.

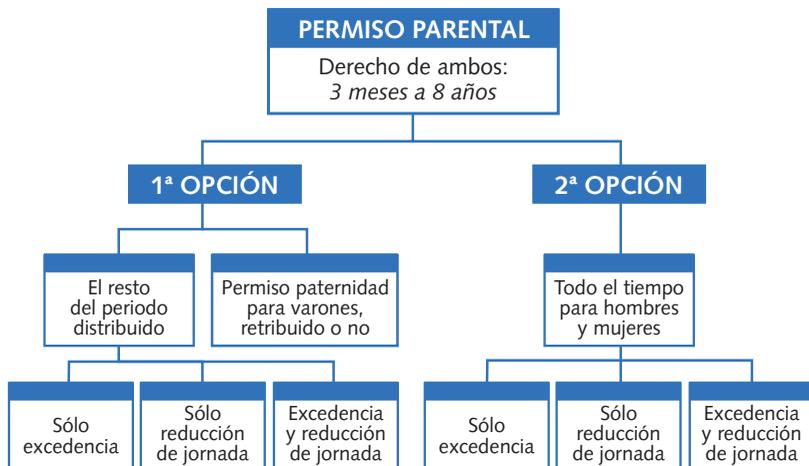
Este razonamiento supone que serán los Estados los que podrán o no repartir ese periodo de tres meses a ocho años, fijando un mínimo de disfrute obligatorio para los hombres, que sería el conocido como permiso de paternidad, mientras que el resto sería permiso parental para hombres y mujeres, repartido para éstos por el Estado y que no podrían modificar por su voluntad al no ser transferible. Este último periodo, que sí se reparte, podría dar lugar al disfrute de derechos como la excedencia y/o la reducción de jornada, previstos en muchos Estados.

Esta interpretación es más idónea para las economías nacionales que quieren apostar por el cambio de roles familiares entre mujeres y hombres, ya que el periodo de paternidad podría ser obligatorio y retribuido para los varones, mientras que el que hemos denominado de excedencia y/o de reducción de jornada no tendría por qué serlo ni para hombres ni para mujeres. Con esto se evitaría el gran desembolso económico que supondría pagar rentas de sustitución todo el periodo de disfrute de la licencia. La otra opción, por supuesto, sería retribuir todos los periodos de permiso.

La segunda interpretación posible es que se deje todo el periodo de tres meses a ocho años como permiso parental para hombres y mujeres sin reconocer un permiso exclusivo del padre. En este último caso, igualmente se deberá señalar la forma de reparto entre hombres y mujeres, que no será transferible. Además y desde el punto de vista económico, se puede adoptar la postura de no retribuir nada o de retribuir todo el periodo de excedencia y/o de reducción de jornada, lo que en este caso representaría un coste considerable. A continuación presentamos, a modo de resumen, las dos opciones que hemos señalado que, repetimos, parten de la separación entre este permiso parental y el permiso de maternidad.

⁶¹³ Sobre esta Directiva además puede consultarse el examen que realiza SZYSZCZAK, E. "La significación y alcance de la directiva sobre protección de la maternidad". en CRUZ VILLALÓN, J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. op.cit.*, pág. 235 y ss.

⁶¹⁴ En el caso del ordenamiento español, la configuración del que hemos denominado permiso de paternidad se ha hecho sin respetar las previsiones comunitarias. Se ha configurado como un apéndice del permiso de maternidad, que en ningún momento resulta ser un derecho individual ni mucho menos intransferible, ya que precisamente lo que se conoce en nuestro ordenamiento como permiso de paternidad es el tiempo que la madre transfiere al padre de su permiso de maternidad, respetando siempre las seis primeras semanas posteriores al parto que se consideran necesarias para la recuperación física de la mujer. Parece, por tanto, que en el ordenamiento español no se respeta esta previsión legal, ni tampoco la contenida en el considerando octavo ya comentada.



Cuadro resumen, elaboración propia

9.2.1. Permiso de maternidad

1.- Una vez expuestas las premisas previas que entendemos necesarias aclarar para comprender el examen que realizamos en este capítulo, iniciaremos el estudio con el permiso que ha recibido mayor atención y desarrollo en la normativa comunitaria. Como ya señalamos al estudiar la Política de Salud Laboral, la duración mínima del permiso por maternidad la fija la Directiva 92/85 en 14 semanas, señalando expresamente que esto será "excluidos los permisos de paternidad o de carácter parental". Por tanto, también esta norma nos obliga a no confundir estos permisos que analizamos y además, a realizar una interpretación integrativa de ambas directivas, la del año 1992 y la directiva aprobada unos años más tarde, en 1996.

La traducción que la mayoría de los Estados miembro han hecho de estas dos directivas en cuanto a la configuración de los permisos de forma separada, refleja esa confusión que hemos expuesto anteriormente, ya que mientras algunos Estados regulan de forma separada el derecho a un permiso de maternidad y a otro parental, en otros Estados lo que se ha hecho es proporcionar la posibilidad a la madre de que ceda parte de su permiso de maternidad al padre, incumpliendo, de esta forma, la configuración legal de los derechos realizada en el ámbito comunitario.

En el Informe que la Comisión Europea elaboró en el año 2003⁶¹⁵ sobre el grado de cumplimiento de la Directiva 96/34 en los Estados miembros

⁶¹⁵ Documento COM (2003) 358 final de 19 de junio 2003. Además puede consultarse LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y VALIÑO CASTRO, A. *op. cit.*, págs. 136-139.

se observa que, al examinar la configuración del permiso parental, referenciado en esta directiva, como derecho individual o no, nos encontramos con tres tipos de traducciones al derecho nacional.

Sin perjuicio de que, a continuación, analicemos la gran variedad de particularidades que cada Estado ha previsto en esta materia, lo cierto es que, en términos generales, la mayoría de los Estados respetan la separación entre permiso de maternidad y permiso parental excepto el caso de España, donde claramente se observa ese incumplimiento antes citado, ya que lo que se ha hecho es flexibilizar el permiso de maternidad hasta el punto de permitir que la madre ceda al padre parte de las 16 semanas que se le reconocen, considerando este último período como permiso de paternidad, al margen de los días de hospitalización de la madre y del recién nacido.⁶¹⁶

Lo lógico hubiera sido que, dentro del permiso parental y no del de maternidad, le hubiera concedido al padre un periodo de disfrute propio, que además no redujera el permiso exclusivo de la madre. Esta regulación supone por tanto, un claro incumplimiento del contenido de ambas directivas (92/85 y 96/34).

En el resto de los Estados miembros prima la confusión en el reparto de lo que catalogan como permiso parental, lo que se observa en la variedad de matices que se reconocen, aunque *a priori* parece que no lo confunden con el permiso de maternidad.

2.- En cuanto a la duración del permiso de maternidad, éste varía de un Estado a otro, desde las 14 semanas de Suecia, Alemania, Portugal, el Reino Unido e Irlanda, hasta las 28 semanas de Dinamarca como se puede comprobar en el cuadro siguiente⁶¹⁷:

⁶¹⁶ Hay que tener en cuenta que este trabajo de investigación se realizó antes de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que reconoce un permiso de paternidad individual e intransferible al padre.

⁶¹⁷ Además debemos destacar los siguientes matices:

- En Austria, hay una prohibición absoluta de trabajar durante ocho semanas antes y después del parto.
- En Bélgica, el permiso por maternidad dura un máximo de quince semanas, y consta de un período obligatorio de una semana antes del parto y ocho semanas después, con la posibilidad de tomarse las seis semanas restantes a partir del 49º día antes del parto u ocho semanas después del mismo, o incluso de renunciar a ellas (aunque no se puede obligar a la mujer a hacerlo).
- En Dinamarca, el permiso por maternidad dura 28 semanas, cuatro antes del parto y dos obligatorias después, seguidas por otras 22.
- La normativa finlandesa fija el período de 105 días consecutivos, sin tener en cuenta los domingos, por eso resultan 17,5 semanas.
- En Francia el permiso comienza seis semanas antes del parto y se prolonga durante las diez siguientes. Existe una prohibición legal de que la mujer trabaje durante ocho semanas, de las cuales al menos seis deben ser después de dar a luz.
- En Alemania está prohibido trabajar durante seis semanas antes del parto, aunque la mujer puede pedir hacerlo durante ese período. Después, la mujer puede no trabajar durante las ocho semanas siguientes.
- El permiso por maternidad en Grecia es de 16 semanas, ocho de ellas antes del parto y ocho después, todas ellas obligatorias.
- En Irlanda las mujeres pueden disfrutar de hasta 18 semanas de permiso por maternidad, cuatro de ellas obligatorias antes y después del parto. Trascorridas las 14 semanas, la trabajadora puede solicitar otras cuatro de manera inmediata de forma voluntaria.

Países	Duración del permiso de maternidad (Semanas)
AUSTRIA	16
BÉLGICA	15
DINARMARCA	28
FINLANDIA	17,5
FRANCIA	16
ALEMANIA	14
GRECIA	16
IRLANDA	18
ITALIA	20
LUXEMBURGO	16
PAISES BAJOS	16
PORTUGAL	14
ESPAÑA	16
SUECIA	14
NORUEGA	42
REINO UNIDO	14

Fuente: *Elaboración propia*

-
- En Italia se prohíbe a las mujeres que trabajen durante los dos meses anteriores al parto y los tres meses siguientes. En caso de trabajos penosos, la mujer puede dejar de trabajar tres meses antes de dar a luz.
 - En Luxemburgo, la mujer embarazada debe dejar de trabajar ocho semanas antes del parto y no se le permite hacerlo en las ocho semanas siguientes. Este permiso obligatorio postnatal se prorroga doce semanas si la mujer está amamantando.
 - En los Países Bajos se conceden a las mujeres 16 semanas de permiso por maternidad, de las cuales cuatro son antes del parto y ocho después, son obligatorias.
 - Portugal prevé un permiso por maternidad de 98 días (14 semanas), 14 de los cuales son obligatorios. Sesenta días deben tomarse después del parto; los 30 restantes pueden tomarse antes o después.
 - La Ley española establece 16 semanas de permiso por maternidad, que pueden tomarse antes o después del parto, según decida de la mujer, pero deben tomarse después por lo menos seis semanas, durante las cuales la mujer no puede trabajar.
 - En Suecia, las mujeres tienen derecho a siete semanas de permiso antes del parto y otras siete después, con la posibilidad de obtener otro permiso si amamantan al bebé. No hay período obligatorio de permiso por maternidad.
 - En el Reino Unido, el permiso por maternidad es de 14 semanas, de las cuales dos deben tomarse obligatoriamente después del parto; este permiso obligatorio posterior al parto es de cuatro semanas para las mujeres que trabajan en fábricas. Las que lleven trabajando para la misma empresa dos años, una vez transcurridas las 14 semanas de permiso obligatorio, pueden disfrutar de una baja por maternidad que dura hasta transcurridas 28 semanas desde el parto, es decir otras 14 semanas. Estos datos pueden consultarse en el Informe de la Comisión COM (1999) 100 final de 15 de marzo de 1999. Y también en LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y VALIÑO CASTRO, A. *op. cit.*, págs. 137 y 138.

3.- Además de la duración del permiso de maternidad, nos interesa conocer los requisitos previos que deben cumplir y las garantías económicas que se proporcionan a las madres en cuanto rentas de sustitución, ya que de esto va a depender, en gran medida, el nacimiento de hijos y el disfrute de los permisos reconocidos legalmente.⁶¹⁸

La Directiva del año 1992 establece, en su artículo 11.2, la posibilidad de que los Estados establezcan prestaciones económicas adecuadas para las situaciones previstas en dicha norma, entre ellas el permiso de maternidad, a fin de que esta contingencia no suponga un perjuicio económico para la madre que disfruta de esta licencia. Esto se corresponde, como ya hemos apuntado en páginas previas, con la falta de competencia de las instituciones europeas para fijar los salarios de los ciudadanos europeos y, por extensión, de las prestaciones sustitutivas de éstos, que se calculan en base a los mismos.

A pesar de esta imposibilidad de fijar cuantías, lo que sí podemos analizar es la previsión o no que han realizado los Estados miembros sobre la existencia de estas rentas de sustitución y los requisitos para su disfrute. Todo ello partiendo de la previsión de la norma comunitaria⁶¹⁹.

⁶¹⁸ Los datos contenidos en este capítulo sobre España no han sido actualizados conforme a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶¹⁹ * En Austria además, se preve que en caso de no cumplir los requisitos legales la mujer recibe por parte del empresario su salario durante el periodo de las 16 semanas que dura el permiso. Concretamente se señala que *"las mujeres que ingresan menos de lo exigido para asegurarse no tienen derecho a la prestación por maternidad y su empresa debe continuar abonándoles su remuneración durante las 16 semanas del permiso por maternidad"*.

* En Alemania las mujeres no afiliadas al seguro médico previsto legalmente y que hayan trabajado como asalariadas desde al menos el comienzo del décimo mes hasta el término del cuarto mes antes del parto podrán percibir la asignación estatal hasta un máximo de 400 marcos durante el permiso por maternidad, más la diferencia entre la prestación y el promedio de su salario diario neto.

* En el Reino Unido las mujeres que no cumplan los requisitos anteriores pueden obtener una prestación de maternidad si han trabajado y han abonado sus cuotas de seguridad social durante al menos 26 de las 66 semanas inmediatamente anteriores a la prevista para el parto. COM (1999) 100 final de 15 de marzo de 1999. Y también en LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y VALIÑO CASTRO, A. *op. cit.*, págs. 137 y 138.

Países	Requisitos y retribución durante el permiso de maternidad (% del salario)
AUSTRIA	100% de los 3 últimos meses, y no se exigen requisitos previos
BÉLGICA	82% los días 1-30 y 75% los días 31 hasta 15 semanas. Se exige una cotización previa de 6 meses.
DINARMARCA	Máximo 405 euros por semana y cotización previa durante 13 semanas
FINLANDIA	60%. La madre debe estar domiciliada en dicho país con al menos 180 días de antelación al parto
FRANCIA	84%. Se exige afiliación en los 10 meses anteriores y cotización de 200 horas en los 3 meses inmediatamente anteriores.
ALEMANIA	100% durante 12 semanas. Se exigen 10 meses de cotización previa.
GRECIA	50% 25 primeros días, y luego el 100%. Se exige haber cotizado 200 días en los dos años anteriores.
IRLANDA	70%. A las asalariadas se les exige cotización previa de 39 días durante los 12 meses anteriores, y a las autónomas 52 cotizaciones en el año anterior.
ITALIA	80%. No hay condiciones previas.
LUXEMBURGO	100%. Se exige 6 meses de cotización en el año anterior al parto.
PAISES BAJOS	100%. No existen condiciones previas
PORTUGAL	65%. Se exige 6 meses de cotización previa.
ESPAÑA	100%. Se exigen 180 días cotizados en los 5 años anteriores al parto.
SUECIA	80%. Se exigen 180 días de cotización previa y sin interrupción
REINO UNIDO	90% primeras 6 semanas, después 62,20 euros semanales hasta la semana 12. Se exige tener 6 meses cotizados antes de la 15ª semana anterior al parto.

Fuente: Elaboración propia

De los datos del cuadro anterior debe destacarse que todos los Estados miembros, excepto Austria, Italia y los Países Bajos⁶²⁰, prevén un sistema contributivo que exige a las mujeres haber estado afiliadas y cotizando con carácter previo al disfrute del permiso de maternidad, aunque varía la duración del periodo de carencia que se les exige en cada uno de ellos.

Además de lo hasta ahora afirmado, podríamos comentar la suficiencia o no de esas rentas de sustitución que se prevén en cada uno de los Estados. Si observamos el cuadro anterior resulta que sólo Austria, Alemania, Luxemburgo, los Países Bajos, y España garantizan a la mujer el 100% de su retribución para los casos de nacimiento de un hijo⁶²¹.

Ante esta situación sólo podemos añadir que, en la medida en que el nacimiento de un hijo suponga un perjuicio económico para las familias, en la

⁶²⁰ En los Países Bajos no es preciso cumplir ningún requisito de tiempo de trabajo. Las trabajadoras están aseguradas desde el primer día de trabajo. COM (1999) 100 final de 15 de marzo de 1999.

⁶²¹ Italia también lo hace para las funcionarias de la Administración Pública.

medida en que se dejen de ingresar rentas procedentes del trabajo de la mujer, el problema del envejecimiento de la población y de la disminución de nacimientos en Europa no se solucionará, ya que la situación económica de las familias, descrita en el capítulo tercero de este trabajo, demuestra la dificultad de prescindir de los ingresos procedentes del trabajo remunerado -en este caso de la mujer- cuando además el disfrute de estos permisos y su retribución exigen -como también hemos comprobado en el cuadro anterior- que la mujer tenga una presencia previa en el mercado de trabajo en términos de cotización a los sistemas de Seguridad Social, lo que un muchas ocasiones no se cumple⁶²².

Si analizamos esta regulación desde el Feminismo de la Diferencia, podemos concluir con la idea de que la exigencia de contributividad, de presencia previa en el mercado y de cotización a los sistemas de Seguridad Social, puede llegar a justificarse, ya que ningún Estado puede soportar el coste total que le supone atender las necesidades del cien por cien de sus ciudadanos, de ahí que éstos deban ayudar a sufragar el coste de las prestaciones de Seguridad Social.

Sin embargo, no garantizar el cien por cien de la retribución a la mujer que solicita un permiso de maternidad, que por Ley es obligatorio disfrutar en la mayoría de los Estados, impide que la medida sirva de estímulo para el nacimiento de hijos⁶²³. Si esto además lo relacionamos con la ausencia de un permiso de paternidad obligatorio que permita igualar costes de cara al empresario, se obtiene el resultado que puede comprobarse en las sociedades actuales, con escasas tasas de natalidad, salvo excepciones, generando sociedades muy envejecidas⁶²⁴.

9.2.2. Permiso para Exámenes Prenatales

Como parte de la protección que se dispensa a la mujer durante el embarazo, basada dicha protección en cuestiones biológicas y no sociales, se declara en el artículo 9 de la Directiva 92/85 que *“las trabajadoras embarazadas tendrán derecho a permisos sin pérdida de remuneración, conforme a la legislación o práctica de su país, para realizar exámenes prenatales si no existe la posibilidad de hacerlo fuera del horario de trabajo”*.

Se trata de un permiso breve de unas horas al día o, en todo caso, de un día completo, que los ordenamientos nacionales reconocen a la mujer embarazada bien mediante una norma legal o bien por la vía convencional. Lo

⁶²² El estudio de este aspecto puede ampliarse en FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 115 y ss. Este autor destaca algo que nosotros también queremos poner de manifiesto y es la dificultad de comparar la regulación de los Estados europeos por la ausencia de información y la disparidad de regímenes. Concretamente señala que *“[...] sorprende que países con una larga tradición de protección a la familia como Francia, Alemania o Bélgica figuren en el último grupo (países que reconocen entre 10 y 14 semanas de permiso de maternidad). La razón estriba en la dificultad de efectuar análisis comparativos cuando los programas son tan distintos. Ya hemos hecho una llamada de advertencia ante la necesidad de interpretar cada medida dentro del conjunto de disposiciones de cada Estado.”*

⁶²³ Es frecuente encontrar en los medios de comunicación noticias sobre el aumento de estos nacimientos, pero provocado dicho aumento por el nacimiento de hijos de inmigrantes que llegan a la Unión Europea con el fin de encontrar un empleo e instalarse con sus familias.

⁶²⁴ Sobre este permiso de paternidad obligatorio también se pronuncia FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 117.

que se intenta con este tipo de permisos es que la mujer no tenga que usar de otras licencias que puedan reconocer los ordenamientos jurídicos, o que no tenga que perder la retribución de ese día o de esas horas por ausentarse obligatoriamente de su puesto de trabajo.

Partiendo de esta base, dos elementos deben destacarse. El primero se refiere a la idea de que este permiso se concede siempre que dichos exámenes prenatales no se puedan realizar fuera de la jornada de trabajo y por tanto, la mujer se vea obligada a acudir a los mismos en horario laboral. El segundo elemento está referido a la retribución del permiso.

En relación con el primer elemento, algunos ordenamientos han previsto la posibilidad de que la empresa exija un certificado médico donde se indique que efectivamente no puede realizarse el reconocimiento en un horario distinto, es decir, fuera de la jornada de trabajo. Esto que podría considerarse como una exigencia injustificada, es perfectamente compatible con el contenido de la Directiva del año 1992, ya que su artículo noveno atribuye a los Estados miembros la facultad de determinar las medidas para que este derecho se reconozca a las mujeres embarazadas, conforme a las legislaciones y/o prácticas nacionales. Por tanto, creemos que no puede considerarse un abuso el establecimiento de este tipo de requisitos, siempre que dicha posibilidad no se traduzca en un mecanismo de obstaculización que el empresario utilice de forma arbitraria, lo que exige un control por las autoridades competentes.

En cuanto a la duración de estos permisos, debemos señalar que no se fija por la norma comunitaria que comentamos, pero parece que debe entenderse que será por el tiempo imprescindible para realizar dicho examen prenatal. Al menos así lo han entendido la mayoría de los Estados miembros.

Por último y en cuanto a la retribución de este periodo, la Directiva ha querido garantizar la solicitud de dichos permisos por la trabajadora embarazada, garantizando su retribución. Se configura así como una medida de protección no sólo de la salud de la mujer sino también del feto, dada la conveniencia de dichas revisiones, evitando la posibilidad de que la mujer no lo solicitara por las consecuencias económicas perjudiciales de su disfrute.

Se trata de un tipo de permiso que no ha planteado grandes problemas en la traducción que han hecho los Estados miembros, ya que el único aspecto espinoso del mismo sería su carácter retribuido o no y esto ha sido solucionado por el legislador comunitario.

Desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, se destaca la conveniencia de que existan este tipo de diferencias entre los permisos relacionados exclusivamente con aspectos biológicos de la mujer o del feto, y aquellos otros permisos relacionados con las responsabilidades familiares. De ahí que no quepa realizar objeción alguna a esta modalidad de permiso, ya que incluso la remisión a las legislaciones o prácticas nacionales para concretarlo se entiende referida a un aspecto secundario, puesto que el derecho y la garantía de su retribución se reconocen ya en el ámbito comunitario.

9.2.3. Reducción de Jornada

Como hemos expuesto en páginas previas, el permiso parental previsto en la Directiva 96/34 puede ser interpretado de varias formas a la hora de ser transpuesto en los ordenamientos nacionales. La norma comunitaria deja un amplio margen de intervención y desarrollo de este aspecto a los legisladores nacionales. Esto ha hecho que su examen se haya dificultado, ya que la interpretación que se ha realizado en los Estados miembros es diversa.

Así, encontramos algunos Estados en los cuales se ha confundido permiso de maternidad y permisos parentales. Es el caso de España que permite que, de las 16 semanas de permiso de maternidad, el padre disfrute de algunas a las que cataloga como permiso de paternidad⁶²⁵. Al margen reconoce otros permisos como las excedencias y las reducciones de jornada, tratándose de un claro ejemplo de incumplimiento de la norma comunitaria.

Otros Estados han optado por reconocer un permiso parental al margen de ese permiso de maternidad, como bien determina la norma comunitaria. A partir de esta diferenciación, algunos Estados han previsto un periodo que puede disfrutarse por hombres y/o mujeres, pero el finalmente disfrutado por el hombre no se ha configurado, en ningún caso, como un permiso de paternidad obligatorio, comparable con el permiso de maternidad⁶²⁶. Por el contrario, se ha reconocido como un periodo voluntario reconocido dentro del tiempo que hemos denominado permiso parental, el cual se ha completado con las llamadas excedencias y/o reducciones de jornada.

Y finalmente, otros Estados no han previsto ningún periodo para el padre, sino que han reconocido el permiso de maternidad de forma separada y el resto del tiempo que preven que constituiría el permiso parental propiamente dicho lo han distribuido en excedencias y en reducciones de jornada, entendidas estas últimas como algo distinto a las excedencias que también pueden disfrutarse a tiempo parcial. La diferenciación clara de estos dos niveles (excedencia y reducción

⁶²⁵ Recordamos que este trabajo de investigación se realizó antes de la aprobación de la L.O. 3/2007, que ha modificado esta regulación.

⁶²⁶ Sobre la conveniencia de establecer este permiso en términos de obligatoriedad y su repercusión en el resto de condiciones de trabajo, podemos citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de octubre de 1999. Asunto C-333/97. Susane Lewen y Lotear Denda. En esta resolución judicial se examina una gratificación económica de navidad que un empresario alemán deniega a una trabajadora por haber disfrutado en dicho año de un permiso de maternidad, seguido de una excedencia, resultando por tanto un periodo de trabajo efectivo muy reducido. El Tribunal considera que una gratificación de navidad es retribución a los efectos del artículo 119 del Tratado y, que se genera también en el caso planteado, para cuyo cálculo debe incluirse el período que la trabajadora ha pasado disfrutando de un permiso de maternidad pero no en cambio el período disfrutado como permiso parental, salvo que el empresario decida lo contrario. Ambos permisos se motivan por el nacimiento de un hijo y por la necesidad de cuidado de éste y, sin embargo sus repercusiones en las condiciones laborales no son las mismas por la simple obligatoriedad del permiso de maternidad que no puede declararse respecto de los permisos parentales. También podemos citar la STJCE de 16 de septiembre de 1999. Asunto C-218/98, Oumar Dabo Abdoulaye y otros, y Régie nationale des usines Renault. S.A. En esta otra sentencia el Tribunal considera justificada la diferencia económica existente entre las cantidades que se abonan a una mujer por el disfrute de un permiso de maternidad y las cantidades que se abonan a los hombres por el disfrute de un permiso parental, ya que la obligatoriedad del primero supone que las mujeres sufran una serie de desventajas profesionales como consecuencia de la interrupción del trabajo, ya que no es posible proponer a esta mujeres una promoción, no pueden aspirar a los aumentos de salarios ligados a la productividad, no pueden participar en los programas de formación, etc.

de jornada) es poco habitual encontrarla en los ordenamientos nacionales por vía legal, ya que se deja mucho margen de interpretación para que sean los sujetos que intervienen en las relaciones laborales los que lo concreten, bien mediante la negociación de convenios colectivos bien mediante la negociación de acuerdos individuales entre empresario y trabajador.

A pesar de esta escasa concreción, podemos resumir las previsiones que hemos podido identificar en los ordenamientos nacionales y que pasamos a comentar en el siguiente cuadro, partiendo de la aclaración según la cual, en este resumen sólo incluimos las reducciones de jornada y no las excedencias que pueden disfrutarse a tiempo parcial y que serían, en cuanto a los efectos en la jornada laboral ordinaria, igual que las reducciones de jornada⁶²⁷. Estas excedencias se estudiarán a continuación, en el epígrafe siguiente. Por tanto, sólo mencionamos como reducción de jornada aquellos casos en los cuales, además de la excedencia a tiempo parcial, se preve la posibilidad de reducir la jornada y se fijan topes a esa reducción del tiempo de trabajo.

Países	Reducción de jornada
AUSTRIA	Expresamente no se prevé
BÉLGICA	Expresamente no se prevé
DINARMARCA	Expresamente no se prevé
FINLANDIA	Durante 2 meses y hasta que el niño tenga los 3 años, aunque la jornada semanal debe ser como mínimo de 30 horas
FRANCIA	De hasta una quinta parte de la jornada hasta que el niño tenga 3 años.
ALEMANIA	Expresamente no se prevé
GRECIA	Para las mujeres 1 hora durante 30 meses, o 2 horas durante 12 meses seguidos de 1 hora durante los siguientes 6 meses si la empresa lo acepta. En caso de que la mujer no utilice esta posibilidad el padre puede pedir una reducción de jornada no regulada en cuanto a límites.
IRLANDA	Expresamente no se prevé
ITALIA	Expresamente no se prevé
LUXEMBURGO	Expresamente no se prevé
PAISES BAJOS	Expresamente no se prevé
PORTUGAL	Se remite a la negociación entre empresario y trabajador
ESPAÑA	Entre un tercio y la mitad de la jornada, con la correspondiente reducción de la retribución (salario) de manera proporcional.
SUECIA	Reducción en una cuarta parte hasta que el niño cumpla 8 años, o hasta la finalización del primer año escolar si éste tiene lugar después de que el niño cumpla 8 años.
REINO UNIDO	Expresamente no se prevé

Fuente: *Elaboración propia*

⁶²⁷ Las expresiones incluidas en el siguiente cuadro “expresamente no se prevé” deben entenderse en estos términos.

Parece, por tanto, que no se trata de una práctica muy habitual en los ordenamientos de los Estados miembros establecer unos mínimos legales para que los trabajadores con responsabilidades familiares puedan reducir su jornada ordinaria para atender a las mismas. Esto no significa que no sea una práctica habitual en dichos Estados, sino que se acude principalmente a la negociación de empresarios y trabajadores para reducir las jornadas.

Las ventajas que este sistema de fijación de la reducción de la jornada supone van a repercutir, principalmente, en los trabajadores con trabajos más estables, mejor retribuidos y con una mayor capacidad de negociación con el empresario. Esto ha provocado que haya sido en la Administración Pública y en algunas empresas privadas, en las que la fidelización del trabajador se ha conseguido, donde realmente se han solicitado estas reducciones de jornada, ya que existe un importante canal de comunicación entre empresario y trabajador.

Si esto lo relacionamos con la descripción del mercado de trabajo que realizamos en el capítulo tercero de este trabajo de investigación, resulta que son pocos los casos donde dicha situación se produce, ya que prima la temporalidad de los mercados de trabajo que, fundamentalmente, afecta a las mujeres. Además, las retribuciones de estos trabajadores en escasas ocasiones pueden verse reducidas para atender al cuidado de otras personas dependientes.

A pesar de ser esta una fórmula idónea para compatibilizar vida familiar y laboral, lo cierto es que no es utilizada de forma considerable en los Estados, principalmente por el coste que supone, bien para los trabajadores bien para los empresarios, si se preve algún tipo de remuneración o compensación por esas horas que no se trabajan.

Quizás la solución sería que los Estados previeran algún tipo de prestación para esas horas no trabajadas. Esto permitiría al trabajador atender sus responsabilidades familiares y además no desvincularse de la empresa durante dicho periodo. Esto evitaría las consecuencias negativas del disfrute a tiempo completo de un determinado permiso, ya que el trabajador puede seguir desempeñando su trabajo, formarse, y en resumen, participar de los cambios que acontezcan en la empresa. Además, los empresarios no se verían obligados a contratar nuevo personal para cubrir el puesto de trabajo del empleado que disfrute de algún tipo de permiso, con los costes que esto le provoca y la desorganización que puede generar, especialmente en las pequeñas empresas.

Estas son algunas de las ventajas que la reducción de jornada retribuida podría proporcionar a los sujetos que intervienen en las relaciones laborales. La propuesta que se hace en este trabajo y que enlaza con la postura feminista que defendemos, es su reconocimiento de forma separada, para hombres y mujeres, conforme a la normativa comunitaria. Además debemos destacar la necesidad de que exista una regulación legal, mejor que convencional, ya que se trata de aspectos poco mejorados y desarrollados en la negociación colectiva, al ser entendidos como aspectos que sólo afectan a un concreto colectivo de trabajadores, los que tienen responsabilidades familiares y que además son principalmente mujeres.

Estas circunstancias provocan que sean aspectos escasamente tratados por vía convencional, ya que la conciliación de la vida familiar y laboral se ha visto durante mucho como una cuestión que sólo afectaba a las mujeres.

Muestra de ello es la regulación que existe de la reducción de jornada por lactancia. La lactancia se menciona en la Directiva 92/85 a los efectos de proteger la salud de la madre lactante o del recién nacido, entendiéndose que una mujer se encuentra en dicha situación según la definición llevada a cabo por las legislaciones nacionales⁶²⁸. En esta norma del año 1992 la lactancia sólo se menciona a estos efectos de proteger la salud de las mujeres a la hora de realizar las evaluaciones de riesgos y de adoptar las medidas necesarias para su protección, es decir, adaptación del puesto de trabajo, cambio de puesto de trabajo si lo anterior no fuera posible o dispensa del mismo.

Sin embargo, la reducción de jornada por este motivo de forma expresa no se contiene en la norma de 1996 que regula los permisos parentales y de forma particular, las reducciones de jornada. Y aunque es cierto que no se menciona expresamente en la norma comunitaria, puede ser establecida en el seno de los ordenamientos nacionales cuando concreten las modalidades de permisos que se incluye en el más genérico permiso parental.

El examen de la regulación existente en los Estados miembros nos lleva a pensar que es tratada como un supuesto más de reducción de jornada, prevista, en algunos casos, de forma legal como ocurre en España y en otros de forma convencional, pero en la mayoría de los casos de forma exclusiva para las mujeres, aunque no tenga que ser necesariamente de esta forma por existir alternativas a la lactancia materna. De cualquier forma, no podemos aportar más datos al respecto, ya que en los documentos comunitarios que han evaluado la transposición de las Directivas 92/85 y 96/34 no se contienen previsiones al respecto y por ello, no contamos con información oficial fehaciente.

9.2.4. Excedencia para el cuidado de familiares

Para continuar con la distribución de permisos que hemos realizado al comienzo del estudio de esta Política, y conforme a la interpretación que hemos realizado del permiso parental previsto en la Directiva 96/34, en este momento debemos realizar el examen del periodo que hemos denominado excedencia, entendida como aquella parte del permiso parental que se concede tanto a mujeres como a hombres, de forma exclusiva o junto al permiso de paternidad y/o a las reducciones de jornada.

La Directiva del año 1996 establece expresamente que serán los Estados miembros los que decidan si el permiso se concede a jornada completa, en jornada parcial, de forma fragmentada o en forma de un crédito de tiempo.

⁶²⁸ Así lo prevé expresamente el artículo 2.c) de la Directiva 92/85.

Haciendo uso de esta facultad legal, en los Estados miembros se han previsto diferentes tipos de permisos, como estamos comprobando, y diferentes formas de disfrute de estos permisos –todo dentro del margen de los 3 meses y los 8 años–. Esta concreción se ha traducido en la posibilidad de disfrutar de reducciones de jornada como ya hemos analizado, y también en la posibilidad de disfrutar de las excedencias que ahora estudiamos, las cuales se pueden solicitar a tiempo completo o parcial.

A modo de resumen, podemos decir que la traducción que en los ordenamientos jurídicos nacionales se ha hecho de la previsión legal contemplada en la Directiva del año 1996 es muy variada, incluyendo previsiones tan generosas como las recogidas en Francia o en España que pueden llegar a los 1004 días (3 años), al margen de la retribución que luego analizaremos, hasta las previsiones mínimas de 90 días previstas en Bélgica o en los Países Bajos (91 días). Esto es en cuanto a la duración total del permiso que hemos denominado excedencia y que puede disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial como se muestra en el siguiente cuadro⁶²⁹.

⁶²⁹ * En Austria encontramos uno de los regímenes más complejos de distribución del permiso parental, y en particular de las excedencias. Concretamente se señala que se reconocen 2 años si se opta por el permiso en bloque, 4 años si se opta por el permiso a tiempo parcial. Además en el sector privado se señalan variaciones en caso de que el padre o la madre o ambos se beneficien de un permiso parental. Concretamente: 23 meses si ambos progenitores disfrutan de un permiso de un mes al mismo tiempo; 7 años en caso de que los progenitores pospongan su permiso de 3 meses, más de 7 años si la escolarización del niño tiene lugar antes de que cumpla 7 años y se reducen los 3 meses de permiso, o si la escolarización se produce después de que el niño haya cumplido 7 años, 30 meses si el niño es adoptado con una edad que oscila entre los 18 meses y los 2 años; 7 años si el niño es adoptado después de haber cumplido 2 años el permiso parental será de 6 meses como máximo. En el sector público se prevé un permiso adicional hasta que tenga lugar la escolarización del niño para los funcionarios y trabajadores contratados de la Administración federal.

* En Italia se recoge una previsión particular que hace referencia a una medida de acción positiva configurada a partir del permiso que disfruta el padre, pero que redonda en beneficio de ambos progenitores. Concretamente se señala que los progenitores (o un progenitor sin cónyuge o conviviente) tienen derecho a un permiso de un total de 10 meses, teniendo en cuenta que cada uno tiene derecho a un máximo de 6 meses, en bloque o de forma fragmentada. Si el padre disfruta de un permiso de más de 3 meses, pasa a tener derecho a un máximo de 7 meses y el límite de duración global del permiso por hijo pasa de 10 a 11 meses.

* En Portugal existen previsiones alternativas, ya que se prevé: a) permiso especial adicional de 6 meses, renovable durante un máximo de 2 años (3 años si se trata del tercer hijo y 4 años si el niño presenta una discapacidad), en este caso debe ser a tiempo completo. b) regímenes para el cuidado de los hijos por un periodo máximo de 2 (ó 3) años, cada progenitor tiene derecho a trabajar a tiempo parcial para cuidar de un hijo menor de 12 años. Este derecho puede durar hasta 2 años, ó 3, a partir del tercer hijo, c) otros regímenes para el cuidado de los hijos, en función del acuerdo al que hayan llegado el empresario y el trabajador, el padre o la madre que trabajen tienen siempre la posibilidad de acordar con el empresario otros regímenes a tiempo parcial para el cuidado de un hijo natural o un niño adoptado menor de 12 años. COM (2003) 358 final de 19 de junio de 2003. De acuerdo con el contenido de la propia Directiva y, especialmente por la recomendación realizada en el Informe que la Comisión Europea elaboró en mayo de 2002, sobre la aplicación del principio de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres, referido al año 2001. (Documento COM (2002) 258 final de 28 de mayo de 2002), se ha elaborado un informe por la misma Comisión europea sobre la puesta en práctica de esta normativa. Este informe sobre la Directiva 96/34 se ha recogido en el documento COM (2003) 358 final de 19 de junio de 2003 y refleja la situación existente hasta noviembre de año 2002 en cada uno de los Estados miembros. También puede consultarse LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y VALIÑO CASTRO, A. *op. cit.*, págs. 137 y 138.

Países	Excedencias (calculadas en días)
AUSTRIA	Un mínimo de 90 días y un máximo de 660 días a tiempo completo, más 322 días a tiempo parcial en la empresa privada. En la empresa pública serán 730 días a tiempo completo y 1452 a tiempo parcial
BÉLGICA	90 días si es a tiempo completo 180 días si es a tiempo parcial con el consentimiento del empresario
DINARMARCA	364
FINLANDIA	158 días, más 56 días si se trata de cuidar a un menor de tres años
FRANCIA	1.008
ALEMANIA	1.008 días a tiempo completo, 2016 si es a tiempo parcial, en las empresas con más de 15 trabajadores y consentimiento del empresario
GRECIA	105 días en la empresa privada a tiempo completo o 210 días a tiempo parcial con consentimiento del empresario. 672 días en la empresa pública
IRLANDA	98 días a tiempo completo o 196 días a tiempo parcial con el consentimiento del empresario
ITALIA	280 días
LUXEMBURGO	180 días si es a tiempo completo y 360 si es a tiempo parcial con el consentimiento del empresario
PAISES BAJOS	91 días a tiempo completo y 180 días a tiempo parcial (50% de la jornada)
PORTUGAL	90 días si es a tiempo completo y 180 días si es a tiempo parcial, además se conceden 168 días a tiempo completo como permiso especial.
ESPAÑA	1.008 días a tiempo completo
SUECIA	504 días
NORUEGA	300 días
REINO UNIDO	169 días en periodos mínimos de 1 semana y máximo de 4 semanas

Fuente: *Elaboración propia*

El siguiente aspecto a tratar en relación con esta excedencia sería su carácter retribuido. En relación con este aspecto, es muy escasa la información que hemos podido obtener al respecto de la evaluación que la Comisión Europea ha realizado sobre el grado de cumplimiento de la Directiva del año 1996. De forma expresa sólo se prevé una remuneración para el periodo que hemos considerado de permiso parental y en particular de excedencia en Luxemburgo, Suecia, Noruega y Dinamarca⁶³⁰.

⁶³⁰ Sobre esta materia puede citarse la STJCE de 16 de febrero de 2006, asunto C-185/04, Ulf Öberg y Försäkringskassan, länskontoret Stockholm. En este supuesto a efectos del cálculo de la cuantía del subsidio parental y en cuanto a los requisitos previos que se deben cumplir por el interesado/a, se declara que el requisito de la normativa sueca según el cual el progenitor debe haber residido y haber estado afiliado a un seguro de enfermedad en el Estado miembro de que se trate durante al menos 240 días antes del nacimiento del hijo, es contrario al Tratado, y por tanto debe computarse el periodo que el interesado ha estado afiliado al régimen común del seguro de enfermedad de las Comunidades Europeas, ya que había prestado servicios para el propio Tribunal de Justicia Europeo.

La previsión legal que se contiene en la Directiva 96/34 es doble. Por un lado, se declara expresamente que los Estados miembros deben prever el mantenimiento de las prestaciones en especie, pagadas en concepto de seguro de enfermedad durante la duración mínima del permiso parental. Y por otro lado, señala la directiva que los Estados miembros deberán, *"siempre que resulte apropiado por las condiciones nacionales y la situación presupuestaria, procurar el mantenimiento, sin modificaciones, de los derechos a las prestaciones de seguridad social durante la duración mínima del permiso parental."*

Parece, por tanto, que las prestaciones en especie se garantizan desde el ordenamiento comunitario y sin embargo, las prestaciones económicas de Seguridad Social se subordinan a la situación presupuestaria del país en cuestión. Se podría además interpretar que es el Estado el que debe abonar las rentas de sustitución durante el disfrute del permiso parental, sin que se pueda repercutir en los empresarios dicho coste, ya que sólo se refiere la directiva a los derechos a las prestaciones de Seguridad Social.

Esto aporta un argumento a favor de las posturas mantenidas por la mayoría de las organizaciones empresariales, que siguen considerando que la conciliación de la vida familiar y laboral es una cuestión que afecta sólo a los trabajadores y en especial a las mujeres, por lo que no deben asumir ningún coste de dicha conciliación.

Este planteamiento es demasiado simplista porque, como ya hemos tenido oportunidad de comentar, la necesaria corresponsabilidad que debe existir en esta materia afecta a todos, también a los empresarios cuyas organizaciones funcionarían mejor si sus empleados consiguieran el equilibrio entre las cuatro parcelas que destacamos en este trabajo, ya que este equilibrio repercutirá en la dedicación, no sólo temporal sino en términos de productividad, que tengan estos trabajadores. Además de evitar muchas de las consecuencias negativas para la salud de los empleados, como también hemos analizado en la Política de Salud Laboral.

También preve la norma comunitaria que dichas rentas de sustitución se concedan durante el período mínimo del disfrute del permiso de parental, en la modalidad de que se trate, es decir, durante los tres meses que preve como duración mínima del permiso parental y no por todo el periodo que reconoce (8 años). Esta previsión se entiende si partimos de la capacidad de endeudamiento de las economías nacionales para sufragar los gastos que una ayuda económica para todo el periodo que preve, es decir, 8 años, podría ocasionar en las arcas de los Estados, en las cuales además, los sujetos que disfrutaran de estos permisos retribuidos no contribuirían, al recibir cantidades mínimas para la subsistencia de las familias, de las que no se les podría descontar contribución alguna que abonar al Estado.

Ésta, por tanto, no sería la solución para compatibilizar familia y trabajo. De ahí que deban buscarse fórmulas mixtas como las que exponemos en las conclusiones de este trabajo que además exigen una contribución de todas las partes implicadas, Estados pero también empresarios y trabajadores.

9.2.5. El Permiso de Paternidad

Para terminar con la tipología de permisos que hemos seleccionado en este trabajo de investigación, debemos señalar que el que hemos denominado como permiso de paternidad –entendido como el periodo exclusivo que se concede al padre, de entre el periodo genérico de 3 meses a 8 años que prevé la Directiva 96/34–, es el menos tratado en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

La imprecisión de la norma comunitaria no aporta claridad a la regulación que de esta figura hacen los Estados miembros. De manera que, de forma expresa y separada de la que hemos denominado excedencia, que sí se concede en la mayoría de los Estados a los padres y madres, sólo Finlandia, Austria, Suecia, Noruega y España preven un permiso de paternidad de forma individual y separada. En Finlandia dicho periodo es de 2 semanas y se puede solicitar una vez que la madre haya disfrutado del permiso de maternidad. En Austria se exige que el padre conviva con el recién nacido y no puede disfrutarlo simultáneamente con el permiso que pueda tener la madre⁶³¹. En Suecia se preven 60 días de permiso de paternidad⁶³². En Noruega se reconocen 4 semanas de permiso de paternidad que, en caso de no disfrutar el padre, se perderían ya que no acrecen a favor de la madre. Y finalmente en España, y tras la reciente aprobación de la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, se reconocen 15 días de permiso de paternidad.⁶³³

En resumen, podemos decir que el permiso de paternidad, tal como ha sido interpretado en este trabajo de investigación –como licencia independiente del permiso de maternidad y de las excedencias y/o reducciones de jornada–, no es una medida utilizada en la mayoría de los Estados miembros para la conciliación de la vida familiar y laboral.

A esta ausencia de regulación ha contribuido la falta de claridad de la norma comunitaria del año 1996, que regula el permiso parental de forma muy general⁶³⁴. Hubiera sido más idóneo que, al igual que la Directiva 92/85 reconoce expresamente un permiso de maternidad, la norma del año 1996 lo hubiera hecho para los varones que trabajan, cuando además en los considerandos del

⁶³¹ En el Documento COM (2003) 358 final de 19 de junio de 2003, no se prevé la duración, sólo la necesidad de que los interlocutores lo concreten a través de la negociación colectiva.

⁶³² Este derecho se reconoce a partir de la reforma que se introdujo en el derecho nacional el 1 de enero de 2001 COM (2003) 358 final de 19 de junio de 2003. Este aspecto puede ampliarse en BERNHARDT, E.V. "Suecia. El padre y la madre trabajan: ¿un ejemplo para Europa?". En AA.VV. *El capital humano europeo en el umbral del siglo XXI*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1995, pág. 414 y ss.

⁶³³ Estos 15 días resultan de la suma de los dos días que se reconocen en el artículo 37, Estatuto de los Trabajadores, más los 13 días que otorga esta ley del año 2007.

⁶³⁴ El Tribunal de Justicia europeo ha tenido oportunidad de aclarar algún aspecto relativo a esta cuestión en la STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C-519/03, Comisión de las Comunidades europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo, al declarar que los distintos tipos de permisos (maternidad, adopción, parental) no se solapan en el tiempo. Concretamente, ha declarado este Tribunal que dicho Estado ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/34/CE del Consejo, "al establecer que el derecho a un permiso de maternidad o a un permiso de adopción que surge durante el permiso parental sustituya a este último, que finaliza en ese momento, sin posibilidad de que el progenitor aplace la parte del permiso parental que aún no ha podido disfrutar, y al limitar la concesión del derecho al permiso parental a los progenitores de hijos que hayan nacido después del 31 de diciembre de 1998 o para los que se haya iniciado el procedimiento de adopción después de esa fecha."

Acuerdo que recoge esta directiva se insiste en la idea de que el permiso que regula es distinto del permiso de maternidad.

Consideremos que se ha perdido una gran oportunidad para incidir en los ordenamientos nacionales y en la articulación de las relaciones en el seno de las familias, ya que se ha dejado a los Estados miembros la interpretación de una norma que, en algunos aspectos, plantea serios problemas de claridad. Es como si el legislador comunitario hubiera querido sólo apuntar la interpretación que hemos realizado en este trabajo, como una de las interpretaciones posibles, pero no hubiera podido o querido sentar unas bases mínimas para su desarrollo en los ordenamientos nacionales.

En este sentido, hubiera bastado con fijar un mínimo temporal a mejorar en el seno de estos Estados miembros, garantizando además su retribución, ya que si este último aspecto se deja igualmente a la regulación nacional y si el legislador nacional no incide por costes de oportunidad en este elemento, porque las condiciones nacionales y la situación presupuestaria no lo permiten, volveríamos a reproducir el mayor coste que supone hoy día contratar a mujeres, las cuales por Ley deben disfrutar de un permiso de maternidad que, además, es retribuido.

Esta retribución del permiso de maternidad, garantía lógica en un Estado de Bienestar, tiene una repercusión negativa para el empleo femenino si la comparamos con la ausencia de regulación, o en todo caso de retribución, de un posible permiso de paternidad.

La solución que se propone desde esta perspectiva feminista es el reconocimiento de un permiso de paternidad específico y retribuido, al menos inicialmente, por el Estado, ya que hasta que la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas que trabajan no se entienda y acepte como un problema también de hombres, la mayoría de los empresarios no apostarán de forma apreciable por las medidas que facilitan esta conciliación.

Los Estados deben realizar una apuesta por esta materia para que los sujetos que intervienen en el mercado de trabajo contemplen la rentabilidad de contratar a mujeres u hombres de forma indiferente. Esto se conseguirá cuando los costes de dicha contratación se igualen, reconociendo derechos de uso obligatorio para los varones que trabajen y tengan responsabilidades familiares. Cuando esto se consiga el empresario podrá realmente atender a criterios de mérito y capacidad para contratar al personal.

Hoy por hoy, aunque desde el punto de vista formal y en teoría esto debe ser así, la práctica demuestra que los costes a medio o largo plazo de la contratación son tenidos en cuenta de forma preferente a la hora de seleccionar personal y desde esta perspectiva, la mujer resulta más cara que el hombre por la simple posibilidad de que asuma como opción ser madre y por tanto, pueda ausentarse del mercado de trabajo por determinados periodos de tiempo⁶³⁵.

⁶³⁵ Esta es una de las soluciones que en Noruega se ha pensado para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas que trabajan. Además existen otras medidas como las dos horas diarias de lactancia, horarios flexibles de

La regulación legal del permiso de paternidad puede tomar como ejemplo la regulación existente sobre el permiso de maternidad, tanto a nivel comunitario como nacional, de manera que se reconozca un periodo de tiempo determinado que iría acompañado de una prestación de Seguridad Social contributiva. La contributividad de la prestación es necesaria para que el Estado pueda soportar los costes de dicha medida, así como la exigencia de unos periodos mínimos y previos de estancia en el mercado de trabajo. Esta contributividad entendemos que es aplicable tanto al permiso de paternidad como al de maternidad, siempre por supuesto que en el Estado en cuestión se aplique un sistema contributivo.

Aunque también debemos reconocer que, de acuerdo con la situación del mercado de trabajo existente en muchos países europeos, especialmente los del sur de Europa, esta contributividad va a perjudicar más a las mujeres que a los hombres, ya que éstas cotizan menos al ser sus salarios inferiores, y lo hacen por menos tiempo al permanecer proporcionalmente más inactivas, lo que se va a reflejar en el permiso de maternidad, si éste es calculado en función de la cotización y no se fija, por tanto, una cuantía mínima.

Para reducir estos efectos que se producen por la aplicación igualitaria del derecho a hombres y mujeres, las políticas de empleo nacionales, estructuradas a partir de la Política de Empleo comunitaria, son un canal idóneo para fomentar la contratación de mujeres y aumentar su presencia estable en los mercados de trabajo; para que la tasa de empleo de las mujeres llegue al menos a igualarse a la que existe en los países del norte de Europa –que se encuentra alrededor del 70%–; y para que esta materia demuestre un mayor avance.

Se trata de políticas muy dinámicas que se actualizan frecuentemente⁶³⁶ y que permiten canalizar la financiación procedente de la Unión Europea para la mejora de los mercados de trabajo nacionales. Por todo ello debe aprovecharse la continua transformación y modificación de la Política de Empleo que hemos analizado en capítulos anteriores, para introducir medidas que no sólo incidan en las tasas de empleo/desempleo sino en la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas que tienen la doble responsabilidad de trabajar y atender a la familia, o para aquellos que quieran asumir esa doble responsabilidad.

manera que el trabajador puede distribuir su jornada laboral según sus necesidades siempre que recupere el tiempo que no trabaja diariamente. Si después de esa excedencia alguno de los progenitores decide quedarse en casa para cuidar al hijo recibe una ayuda económica estatal de unos 450 euros hasta que el niño tiene 3 años. A esto hay que añadir que la financiación del sistema de protección social noruego se consigue porque las tasas de empleo de hombres y mujeres son muy altas, y los impuestos directos e indirectos también, especialmente en los artículos de lujo. Sobre esta materia también puede consultarse FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 113 y ss. En el caso de España puede citarse el Anteproyecto de Ley Orgánica de Igualdad entre mujeres y hombres que el Consejo de Ministros ha aprobado a comienzos del año 2006 y en el cual en materia laboral se prevén una serie de medidas como la posibilidad de que la negociación colectiva establezca medidas de acción positiva para las mujeres, la mejora de la formación de este colectivo, el derecho del trabajador/a a adaptar su jornada de trabajo a las responsabilidades familiares, el derecho a reducir la jornada entre un octavo y la mitad de su jornada por el cuidado de menores de ocho años o personas discapacitadas, el disfrute de las vacaciones al margen de todos los permisos que prevea la Ley, el fraccionamiento de los periodos de excedencia, la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia, permiso de maternidad para el padre en caso de fallecimiento de la madre y aunque ésta no trabajara, la no reducción del permiso de maternidad en caso de fallecimiento del hijo, la ampliación del permiso de maternidad en dos semanas en caso de hijos discapacitados, un permiso de paternidad autónomo e independiente de ocho días, etc. Este anteproyecto puede consultarse en <http://www.la-moncloa.es/> 16 de mayo de 2006.

⁶³⁶ Recordamos que las Directrices y Recomendaciones comunitarias sobre el empleo se aprueban cada 3 años.

La otra opción sería reconocer las medidas de apoyo al cuidado de terceros de forma asistencial, sin tener en cuenta la contribución del beneficiario al sistema de Seguridad Social nacional, y por tanto, reconocerles por la sola condición de ciudadanos una serie de servicios y de prestaciones económicas para que puedan atender las necesidades de los terceros dependientes. Sin embargo, esta opción sólo será posible en aquellas economías nacionales suficientemente saneadas como para apostar incondicionalmente por la conciliación de la vida familiar y laboral. Este parece que no es el caso de la mayoría de los Estados de la Unión Europea⁶³⁷.

El siguiente paso sería que todas aquellas medidas de ayuda social previstas en los convenios colectivos se reconocieran igualmente a hombres y mujeres, ya que en la actualidad y a pesar de la configuración literal en términos de neutralidad o igualdad, están pensadas para ser disfrutadas por las mujeres que tienen responsabilidades familiares.

Como hemos podido observar en el estudio de todas las políticas que integran este trabajo de investigación, el papel de los interlocutores sociales es de especial importancia en la materia, ya que son continuos intermediarios con el Estado y con los empresarios, los cuales son, en definitiva, los que tienen que concienciarse de estos aspectos, además, por supuesto, de los propios trabajadores y de los integrantes de las organizaciones que representan a los trabajadores, que en su mayoría son hombres.

Para terminar con este epígrafe sólo decir que, con la extensión de las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral a mujeres y hombres de forma individual e independiente, se conseguiría dar respuesta a otra de las demandas actuales que existe en la sociedad europea y es la necesidad de atender las exigencias que plantean los nuevos modelos de familia, como los matrimonios homosexuales o las familias integradas voluntaria u obligadamente por un único progenitor, ya que éste tendría derecho a dichas prestaciones sociales y económicas de forma autónoma y no por derivación respecto del otro progenitor, sin tener en cuenta si éste último ha disfrutado o no de los permisos y las ayudas que puedan reconocerse legalmente.

9.2.6. Ausencias motivadas por causas de fuerza mayor relacionadas con la familia

En los epígrafes anteriores hemos analizado los llamados permisos parentales. En cuanto a las ausencias motivadas por fuerza mayor relacionadas con la familia, las previsiones del Acuerdo Marco que recoge la Directiva son escasas, se relacionan con supuestos de enfermedad o accidente de un familiar que exijan la ausencia del trabajador de su puesto de trabajo. A partir de esto, se atribuye a los Estados miembros y/o los interlocutores sociales nacionales la competencia para el establecimiento de su régimen de disfrute.

⁶³⁷ Sobre esta materia puede consultarse ANTTONEN, A & SIPILÄ, J. "Cinco regímenes de servicios sociales de atención". En AA.VV. *Unión Europea y Estado de Bienestar*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1997, pág. 439 y ss.

A esta previsión se añade en la cláusula 3.1 del Acuerdo que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales adoptarán las medidas necesarias para autorizar a los trabajadores a ausentarse del trabajo, conforme a la legislación, los convenios colectivos y/o los usos nacionales, por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes, en caso de enfermedad o accidente, que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán, por tanto, precisar las condiciones de acceso y las modalidades de aplicación y limitar dicho derecho a una duración determinada por año y/o por caso (cláusula 3.2).

A tenor de este reconocimiento en la norma comunitaria dos aspectos nos interesa destacar. Primero, el reconocimiento del derecho y su duración en los Estados miembros. Y segundo, los motivos que pueden alegarse para su disfrute. Vamos a estudiar ambos aspectos de forma conjunta y así podemos destacar como en muchos Estados miembros esta materia se encuentra escasamente desarrollada, a diferencia de otros. Entre los Estados que han optado por regular esta materia destacan algunos, precisamente, por la amplitud temporal del permiso que se concede a los trabajadores, aunque normalmente no es un permiso retribuido, salvo pacto en contrario.

En este sentido destaca Austria donde, de forma independiente respecto a los permisos estudiados anteriormente, se concede al trabajador que convive con el menor una semana de permiso retribuido al año para cuidar de un hijo o un pariente enfermo y tres semanas más al año si debe cuidar de un hijo menor de 12 años⁶³⁸. Además, se reconoce hasta 1 semana de permiso si concurren razones personales de peso que impidan desempeñar una actividad laboral⁶³⁹.

Para los trabajadores del sector privado no existe ninguna disposición flexible, al contrario que en el caso de los funcionarios, de manera que si sus hijos están enfermos y sus progenitores deben cuidarlos durante más de dos semanas al año, se ven obligados a valerse de sus vacaciones para ocuparse de ellos. Por otra parte, en la práctica, los trabajadores dependen en gran medida de los factores informales (relación personal con el empresario, ambiente general en la empresa) si quieren beneficiarse de disposiciones relativamente mejores.

Otro Estado que destaca en relación con estos permisos que ahora estudiamos es Alemania. Este país constituye un ejemplo a seguir, al menos en cuanto

⁶³⁸ Además en caso de que la persona que se encargaba del cuidado del niño no pueda continuar haciéndolo porque haya fallecido, haya sido hospitalizada, esté en la cárcel o detenida, o sufra una enfermedad grave, el progenitor en cuestión tiene derecho a recibir un permiso parental inmediatamente después de que se produzcan los casos mencionados, incluso aunque el otro progenitor haya tomado un permiso parental previamente, como máximo, hasta que el niño cumpla 2 años.

⁶³⁹ Los tribunales han aplicado este principio a los siguientes casos: obtención del pasaporte, realización del examen de conducir, reconocimientos médicos, bautizos, bodas, funerales (parientes o amigos muy cercanos) y cualquier situación de emergencia (estos se consideran motivos personales de peso). En general, la disposición se aplica a cualquier caso en que la obligación contractual respecto del empresario se superponga a una obligación jurídica respecto de un tercero. Y en concreto, se aplica a: los progenitores que están obligados a cuidar de sus hijos; al marido cuya esposa está dando a luz o lo ha hecho recientemente; aunque no exista obligación desde un punto de vista jurídico, también es válido para las parejas de hecho. Otros permisos son: cuando la esposa o conviviente está dando a luz (1 día), 3 días por matrimonio, de 1 a 3 días por mudanza, y al menos 1 por funerales, etc. En este caso se señala que los empleados tienen derecho a recibir una retribución en caso de que no puedan trabajar como consecuencia de un impedimento de duración relativamente breve debido a motivos personales de peso de los que no son responsables.

al reconocimiento legal, aunque no así en cuanto a la forma real de disfrute, ya que se reconocen 10 días de permiso por progenitor y por hijo (20 días en el caso de un progenitor sin cónyuge o conviviente)⁶⁴⁰, siempre y cuando esté cubierto por un régimen público de seguro de enfermedad. La retribución durante el permiso corre a cargo de la empresa o del sistema público de seguro de enfermedad y se concede independientemente de que existan otras personas capaces de cuidar del niño⁶⁴¹. A pesar del carácter neutro con que se expresa el ordenamiento alemán, en el 95% de los casos son todavía las madres quienes toman estos tipos de permisos, y esta es precisamente la práctica que no debe servir de ejemplo.

Por su parte, Bélgica destaca también por la duración del permiso, aunque es dudoso su carácter retribuido. En el sector privado, se reconoce un permiso anual de 10 días por “motivos imperiosos”, que incluyen la enfermedad, accidente u hospitalización de un pariente. También se reconoce la posibilidad de ausencia al trabajo durante “breves periodos de tiempo” si un pariente es hospitalizado.

Frente a estas regulaciones, otros Estados destacan por remitir a la negociación colectiva esta cuestión, o bien por el hecho de que el permiso que se prevé legalmente es más reducido que los anteriores y no remunerado. Este es el caso de Dinamarca, donde se reconoce por motivos de necesidad inmediata, tales como una enfermedad o accidente de un pariente, que hagan urgentemente necesaria la presencia del trabajador en su domicilio⁶⁴². En Irlanda no se regula la cuestión, y en otros países no se habla de la remuneración como ocurre en Noruega⁶⁴³, Suecia⁶⁴⁴, Luxemburgo⁶⁴⁵, Finlandia⁶⁴⁶, y Francia, donde se conceden 3 días como mínimo⁶⁴⁷.

⁶⁴⁰ Si se trata de más de un hijo, un máximo de 25 días por progenitor, 50 días si se trata de una familia monoparental.

⁶⁴¹ Además, si existe un motivo urgente, por ejemplo, enfermedad grave de un hijo que no pueda ser cuidado por nadie más, el trabajador puede quedarse en su domicilio. En los convenios colectivos pueden preverse disposiciones más precisas relativas a la duración del permiso, algunas de ellas contemplan permisos de mayor duración si el niño está gravemente enfermo.

⁶⁴² Esta disposición sólo figura en algunos convenios colectivos, y no existe legislación alguna aplicable a los trabajadores que no estén cubiertos por un convenio colectivo que contenga alguna de estas cláusulas de fuerza mayor. Aproximadamente el 30 % de los trabajadores del sector privado no están cubiertos por ningún convenio colectivo en Dinamarca. No existe ninguna disposición legal que incorpore la cláusula de fuerza mayor de la Directiva sobre el permiso parental en la nueva legislación danesa que acaba de ser adoptada en la materia. En consecuencia, Dinamarca sigue incumpliendo su obligación de correcta transposición de la cláusula de ausencias motivadas por fuerza mayor en relación con los familiares.

⁶⁴³ Se reconocen 15 días al año.

⁶⁴⁴ Sólo se señala que el trabajador tiene derecho a tomar un permiso parental para cuidar de un hijo enfermo menor de 12 años (límite de 60 días al año por hijo). El trabajador tiene derecho a ausentarse del trabajo por motivos de fuerza mayor o por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador.

⁶⁴⁵ El permiso será de 2 días (por hijo) al año. Durante el permiso, siguen aplicándose las disposiciones legales en materia de Seguridad Social y protección en el trabajo, especialmente la protección contra el despido. Y también se reconoce por motivos familiares si el trabajador tiene bajo su tutela a un hijo menor de 15 años por el que se abonan subsidios familiares y que sufre una enfermedad grave o un accidente, o si existe algún otro motivo imperioso relacionado con la salud que haga necesaria la presencia de uno de los progenitores.

⁶⁴⁶ Se prevé una ausencia temporal al trabajo, no retribuida, por causa de fuerza mayor provocada por motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador. También se prevé una ausencia temporal al trabajo durante un máximo de 4 días, y de acuerdo con algunos convenios colectivos, 3 de los 4 días son retribuidos. También se prevé este permiso para cuidar de un hijo enfermo menor de 10 años (el permiso de 4 días puede volver a tomarse si el niño contrae otra enfermedad, o si otro hijo se pone enfermo).

⁶⁴⁷ Concretamente si el niño es menor de 16 años, o 5 días si es menor de un año o si el trabajador tiene 3 o más hijos menores de 16 años, y 4 meses si existe un motivo, por ejemplo, una enfermedad o discapacidad graves o un accidente,

En Grecia se reconocen 6 días de permiso, aplicable a los trabajadores a tiempo completo que ejercen la custodia de un hijo y/o de un pariente que no pueda valerse por sí mismo en caso de enfermedad, ampliables en algunos casos⁶⁴⁸; y en Portugal se conceden 30 días no remunerados⁶⁴⁹. Incluso puede ocurrir, como en el Reino Unido, donde no se concreta ni tiempo ni el carácter retribuido o no del permiso, sólo se habla de un período razonable⁶⁵⁰.

Finalmente, encontramos otros países donde el período de tiempo es breve pero remunerado, como en Italia⁶⁵¹ y España⁶⁵², y el caso de los Países Bajos donde, en principio, existe un permiso retribuido sin límite de horas o días por motivos personales urgentes, como el nacimiento de un hijo o el fallecimiento o enfermedad de un pariente, pero para que sea retribuido no debe superar, en el curso de un año, el doble del tiempo de trabajo semanal.

Como podemos observar, se trata de breves periodos de tiempo para atender en caso de urgente necesidad alguna responsabilidad familiar, al margen de los permisos que se conceden por el nacimiento en sí del menor (permisos de maternidad y paternidad), o por la constante necesidad de cuidados (reducciones de jornada y excedencias).

Desde los planteamientos de los movimientos feministas que definen la diferencia entre mujer y hombre, se destaca la conveniencia de que estos

que impida ejercer su actividad laboral al trabajador. También se prevé la posibilidad de permiso a tiempo parcial. En los convenios colectivos pueden preverse disposiciones más precisas relativas a la duración del permiso y este permiso es retribuido en algunos casos. Además, se reconocen otros 5 días en caso de enfermedad de un hijo, si el progenitor se beneficia de un régimen público de seguro por enfermedad. En el sector público, se reconocen 4 meses (renovables dos veces) si el niño es menor de un año o si el trabajador tiene 3 o más hijos menores de 16 años.

⁶⁴⁸ Concretamente 8 días si se ejerce la custodia de 2 o más hijos, y de 12 días si son 3 o más hijos. Además, los trabajadores a tiempo completo tienen derecho a un permiso de hasta 4 días al año en razón de las visitas al colegio de sus hijos. Los progenitores que trabajan en empresas de, al menos, 50 empleados y que tienen hijos con una discapacidad psíquica o física pueden solicitar una reducción de la jornada laboral de una hora, acompañada de una disminución proporcional del salario. Además, puede solicitarse un permiso de 2 días en caso de fallecimiento del cónyuge, un hijo, uno de los progenitores o un hermano.

⁶⁴⁹ Se reconocen 30 días al año para encargarse del cuidado urgente e indispensable de un hijo menor de 10 años que esté enfermo o haya sufrido un accidente (no existe límite de edad si el niño presenta una discapacidad). Si el niño es hospitalizado, se amplía el derecho a ausentarse del trabajo para cubrir el período de hospitalización. También se reconoce un permiso de 15 días para encargarse, en caso de enfermedad, del cuidado urgente e indispensable de un hijo menor de 10 años, del cónyuge o conviviente o de otro pariente que se haya especificado. Se considera que la ausencia del trabajo está justificada pero, en general, no está remunerada y el derecho a recibir un subsidio social es relativamente dudoso.

⁶⁵⁰ Se prevé un período razonable de permiso para ocuparse de un asunto familiar, como una enfermedad repentina o un accidente de una persona a cargo, o para tomar medidas relativas al cuidado de los hijos debido a la enfermedad repentina o a la incapacidad de la persona que los cuida habitualmente. La definición del término "persona a cargo" es amplia de manera que se puedan incluir personas que no pertenecen a la familia del trabajador.

⁶⁵¹ Se reconocen 3 días de permiso retribuido al año en caso de fallecimiento o enfermedad grave y certificada de su pareja o de un pariente. Además, se reconoce un permiso de hasta 2 años, no retribuido, que puede disfrutarse en bloque o de forma fragmentada (no se computan como trabajo real a efectos de pensiones), para ocuparse de un asunto familiar grave y probado. Mediante decreto se establecen los criterios de prioridad que rigen estos permisos y las modalidades para la comprobación periódica de los requisitos que se exigen, mientras que la negociación colectiva fijará las modalidades relativas a la participación en la formación profesional dirigida a los trabajadores que se reincorporan a su puesto de trabajo después de haberse beneficiado de un permiso de este tipo. Cada progenitor también tiene derecho, pero sin que pueda ser ejercido por ambos progenitores al mismo tiempo, a un permiso no remunerado de 5 días al año o un permiso de mayor duración, para cuidar de un hijo enfermo de hasta 8 años de edad o para cuidar de un hijo o un pariente con discapacidad.

⁶⁵² Se reconocen 2 días (o 4 días si es necesario realizar un desplazamiento) en caso de accidente o enfermedad grave de un hijo o pariente. El trabajador debe notificarlo con antelación y presentar una justificación. Además, se reconoce el derecho a tomar un permiso no retribuido de un año o a solicitar la reducción de la jornada laboral, entre un tercio y la mitad de la misma (con una disminución proporcional del salario) para cuidar de un pariente que no pueda valerse por sí mismo como consecuencia de su edad, un accidente o una enfermedad.

permisos existan, si bien se le otorga mucha mayor importancia a las licencias que hemos examinado con anterioridad, entendiendo que éstas últimas son complementarias de las anteriores, sin las cuales estos otros beneficios no permiten armonizar vida familiar y laboral.

9.2.7. Otros aspectos relacionados con los permisos para la conciliación del tiempo de trabajo y de atención a la familia.

En este epígrafe vamos a analizar una serie de aspectos que, como hemos indicado anteriormente, consideramos necesario apuntar para entender el marco legal en el cual se han reconocido los permisos que venimos analizando. Algunos de estos aspectos hacen referencia a cuestiones ya apuntadas en la Política de Salud Laboral pero que se reproducen en la norma de 1996 respecto del resto de permisos que estamos estudiando. Nos referimos a la protección del trabajador frente a posibles medidas de presión que pueda ejercer el empresario cuando dichos trabajadores disfruten de las licencias que hemos examinado.

Otros aspectos que vamos a citar a continuación están referidos a los requisitos previos que deben concurrir, al margen de los que ya hemos citado en cada epígrafe, para que dichos trabajadores disfruten bien de los permisos o bien de la retribución que llevan aparejadas. Pasamos a enumerar cada uno de estos elementos⁶⁵³:

1) De acuerdo con el contenido de la Directiva 96/34/CE, los Estados miembros deberán establecer el mecanismo de protección de los trabajadores que, habiendo solicitado o disfrutado de este permiso, sean despedidos por este motivo. Se trata de la ya tradicional garantía del puesto de trabajo frente a un acto extintivo de la relación laboral por parte del empresario. Este aspecto que preve esta Directiva debe relacionarse con las garantías previstas en la normativa de salud laboral ya analizada.

La garantía que se preve en esta norma comunitaria es doble, por una parte se garantiza que el trabajador que haga uso de los permisos que reconoce no será despedido; y por otra, que se le reservará su puesto de trabajo para cuando se reincorpore tras el disfrute de estas licencias. Además, cuando esta reincorporación se produzca, tendrá derecho a disfrutar de las condiciones laborales que se hayan mejorado durante su ausencia.

a) En relación con esta última garantía, debemos destacar que la misma se concreta en el hecho de que el trabajador que haya hecho uso de los permisos que contiene la norma, tendrá derecho a reincorporarse a su mismo puesto de trabajo, o en el caso de resultar imposible, a uno equivalente "conforme a su contrato o situación laboral"⁶⁵⁴. La elección del puesto de trabajo

⁶⁵³ Sobre estos elementos también puede consultarse FLAQUER, L. *op. cit.*, pág.112 y ss.

⁶⁵⁴ Cláusulas 2.4 y 2.5 del Acuerdo Marco que contiene la Directiva 96/34/CE.

equivalente debe ser conforme al sistema de clasificación profesional existente en la empresa, ya sea el previsto en el convenio de empresa o en el convenio de sector y sin que pueda traducirse en perjuicios económicos para el trabajador.

La transposición de esta cláusula del Acuerdo Marco en el seno de los ordenamientos nacionales se ha realizado mediante la incorporación, en la mayoría de los Estados, de una cláusula genérica que contiene dicha garantía, como se muestra en el cuadro siguiente:

Países	Garantías del mismo puesto de trabajo
AUSTRIA	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
BÉLGICA ⁶⁵⁵	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
DINARMARCA	No existe ninguna disposición legislativa expresa sobre la reincorporación al mismo puesto de trabajo tras el disfrute del permiso
FINLANDIA	Se garantiza la reincorporación al mismo puesto de trabajo o a uno equivalente si dicho puesto ya no existiera
FRANCIA	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
ALEMANIA	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
GRECIA	Se reconoce el derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo o similar, pero no a uno de menor grado
IRLANDA	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
ITALIA	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
LUXEMBURGO	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
PAISES BAJOS	No existe ningún derecho específico de reincorporación al mismo puesto a no ser que así se establezca en el contrato de trabajo individual.
PORTUGAL	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
ESPAÑA	El derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo se reconoce durante el primer año del permiso parental. Después del primer año se tiene derecho a ocupar un puesto del mismo grupo o de una categoría equivalente.
SUECIA*	Derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o si no fuera posible, a uno equivalente o similar
REINO UNIDO	Se mantiene el mismo puesto de trabajo si el permiso no supera las 4 semanas, si el permiso dura más de 4 semanas el trabajador tiene derecho a volver al mismo puesto y, si no es razonablemente posible a un puesto similar.

Fuente: *Elaboración propia*

⁶⁵⁵ La negativa de un empresario a que el trabajador se reincorpore al mismo puesto o a un puesto equivalente, se consideraría como un despido indirecto, por lo que se pagaría al trabajador una indemnización fija por daños y perjuicios equivalente al salario de seis meses.

Es curioso que sea en países donde la Igualdad de Género y la conciliación de la vida familiar y laboral están más avanzadas (Dinamarca y los Países Bajos), donde legalmente no se establezca esta garantía. La explicación de esta ausencia de regulación legal se explica por los economistas acudiendo al dinamismo de los mercados de trabajo de estos países. Se trata de mercados muy flexibles, productivos y competitivos, que permiten que las salidas o ausencias que del mismo realicen los trabajadores no se vivan de forma traumática, ya que la oferta y demanda de trabajo existentes en esos mercados permite encontrar un nuevo empleo cuando decidan reincorporarse.

Hasta aquí hemos analizado la garantía de mantenimiento del puesto de trabajo para los trabajadores que disfruten de alguno de los permisos que hemos estudiado en este capítulo. A continuación nos interesa examinar qué ocurre con aquellas condiciones laborales que, a pesar de la suspensión o paralización del desarrollo de la relación laboral, continúan devengándose⁶⁵⁶. Nos referimos principalmente a las modificaciones que se puedan introducir por vía legal o convencional de tipo económico u organizativo en la empresa, incluida la repercusión del disfrute del permiso a efectos de Seguridad Social⁶⁵⁷.

Sobre los aspectos de Seguridad Social y en la medida en que ésta constituye una materia que es competencia de los Estados miembros, el Acuerdo Marco se limita a reconocer dicha competencia de los Estados añadiendo la importancia de que exista una continuidad de los derechos a las prestaciones de Seguridad Social para los diferentes riesgos y, en particular, los cuidados sanitarios⁶⁵⁸. Por tanto, sólo se habla de conveniencia de continuidad y respeto de un aspecto que resulta de gran importancia para el disfrute real de los permisos⁶⁵⁹.

Sobre la continuidad de las condiciones laborales propiamente dichas, el Acuerdo marco *“establece que los derechos adquiridos o en curso de adquisición por el trabajador en la fecha de inicio del permiso parental se mantendrán sin modificaciones hasta el final del permiso parental. Al finalizar el*

⁶⁵⁶ En este caso podemos citar la STJCE de 14 de abril de 2005, asunto C- 519/03, Comisión de las Comunidades Europeas contra Gran Ducado de Luxemburgo. En esta resolución judicial el Tribunal señala que el permiso parental no puede resultar sustituido por el permiso de maternidad o de adopción que surge durante el disfrute del primero, por el contrario, ambos periodos se sumarían. También podemos citar la STJCE de 30 de marzo de 2004, asunto C-147/02, Michelle K. Alabaster, Woolwich plc y Secretary of State for Social Security. En esta sentencia y en relación con la retribución que para el permiso de maternidad se prevé en el Reino Unido, declara el Tribunal que el artículo 119 del Tratado y la Directiva 92/85 deben interpretarse en el sentido de que cuando la prestación de maternidad que recibe una trabajadora se calcula en base a su salario previo, los aumentos salariales que se produzcan durante el permiso de maternidad deben ser tenidos en cuenta para su cálculo y mejora.

⁶⁵⁷ Sobre este aspecto puede destacarse STJCE de 13 de enero de 2005, asunto C-356/03, Elizabeth Mayer y Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder. En esta sentencia se declara que el permiso de maternidad debe computarse a los efectos del cálculo de una pensión de seguro.

⁶⁵⁸ Cláusula 2.8 del Acuerdo Marco que recoge la Directiva 96/34/CE.

⁶⁵⁹ Véase LOUSADA AROCHENA, J.F. “Permiso parental y seguridad social”. *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 83, 1997, págs. 31 y ss. VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, P. “Los aspectos de la Seguridad Social de la Directiva del Consejo de 29 de octubre de 1985 para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada: de la Directiva de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y de la Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1997 sobre conservación de derechos en caso de traspaso de empresa”. *Noticias de la Unión Europea*, nº 158, marzo 1998, págs. 61-74.

permiso parental se aplicarán dichos derechos, incluidos los cambios derivados de la legislación, de los convenios colectivos o de los usos nacionales"⁶⁶⁰.

Partiendo de esta declaración, la respuesta que se ha producido en los diferentes Estados miembros, sobre el desarrollo o estancamiento de las condiciones laborales durante el disfrute de la relación laboral, es bastante variada.

La regla general, que predomina respecto de esta materia en la mayoría de estos Estados, es la que prevé que el contrato de trabajo continúa vigente durante el permiso parental, aunque se suspende su ejecución y se computa dicho periodo tanto a efectos de antigüedad como para la adquisición de nuevos derechos, especialmente en materia de retribución⁶⁶¹. Esta posibilidad se encuentra prevista, en gran medida, por los convenios colectivos y no tanto por normas legales. Este es el caso de Bélgica, al menos en el sector privado, y el caso de Dinamarca. En el caso de Finlandia es igual, pero además se considera como un periodo cotizado para el cálculo de los derechos de jubilación y otras prestaciones de Seguridad Social⁶⁶².

También en España, Portugal, Italia, Suecia, Luxemburgo⁶⁶³, Reino Unido⁶⁶⁴, Francia⁶⁶⁵, Irlanda⁶⁶⁶, Países Bajos y Alemania ocurre como en Finlandia, es decir, el disfrute del permiso parental tiene repercusiones positivas en materia de Seguridad Social, además de garantizarles que los salarios se seguirán actualizando si eso ocurre respecto del resto de trabajadores⁶⁶⁷.

⁶⁶⁰ Cláusula 2.7 del Acuerdo Marco que recoge la Directiva 96/34/CE.

⁶⁶¹ Sobre esta cuestión puede destacarse la STJCE de 16 de febrero de 2006, asunto C-294/04, Carmen Sarkatzis Herrero e Instituto madrileño de Salud (IMSALUD). En este supuesto se plantea un conflicto a efectos del cómputo de la antigüedad de la interesada como funcionaria, considerando dicha interesada que debía computarse desde su nombramiento, pese a que en dicha fecha se encontraba en permiso de maternidad, y no desde la fecha de su toma de posesión que tuvo lugar al término de dicho permiso. El Tribunal consideró en este caso que exista un trato desfavorable de dicha interesada y que dicho comportamiento era contrario a la Directiva 76/207/CEE.

⁶⁶² No obstante, su validez en el sector privado se ha puesto en duda como consecuencia de la sentencia emitida por el Tribunal de seguros en diciembre de 2001.

⁶⁶³ No obstante, el permiso parental no da derecho a vacaciones anuales, y el contrato laboral se suspende durante el permiso parental.

⁶⁶⁴ Aunque en este Estado sólo son de aplicación determinadas condiciones relativas a la terminación, el despido y los procedimientos disciplinarios y de presentación de quejas. Se mantienen los derechos relativos a la antigüedad y las pensiones adquiridos antes de que se iniciara el permiso.

⁶⁶⁵ En este país sólo se computa en un 50 % a efectos de los derechos relativos a la antigüedad. Y se mantienen todas las ventajas adquiridas antes del comienzo del permiso. Al final del permiso parental, los trabajadores tienen de nuevo pleno derecho a prestaciones por enfermedad, maternidad, invalidez y fallecimiento.

⁶⁶⁶ En este otro Estado el trabajador conserva los derechos adquiridos, excepto el derecho a retribución y a las prestaciones de los fondos de pensiones o la obligación de pagar cotizaciones. El periodo de permiso temporal no modifica el derecho a las vacaciones anuales y a los días festivos.

⁶⁶⁷ También podemos citar la STJCE de 18 de marzo de 2004, asunto C-342/01. María Paz Merino Gómez y Continental Industrias del Caucho S.A. En esta sentencia declara el Tribunal el derecho de las trabajadoras que hayan disfrutado de un permiso de maternidad a disfrutar de las vacaciones anuales en otro periodo distinto en el caso de que coincidan en el tiempo.

Frente a esta regulación encontramos el caso del ordenamiento austriaco, donde la duración del permiso parental no se tiene en cuenta en el cálculo de los derechos de antigüedad⁶⁶⁸, y aunque cada vez más convenios colectivos tienen en cuenta este permiso a la hora de calcular el derecho a recibir una indemnización por despido⁶⁶⁹, no obstante, el que prevé una subida salarial automática durante el permiso parental constituye una excepción. En cuanto a la repercusión en materia de Seguridad Social, los periodos de cuidado de un hijo se computan a efectos de pensiones como de ocupación principal, pero hasta un máximo de 48 meses⁶⁷⁰.

También el caso de Grecia es un poco especial ya que, en general, se computa el permiso parental como periodo de servicio a todos los efectos, incluido el cálculo de las vacaciones anuales y la indemnización por despido, pero el trabajador debe pagar todas las cotizaciones a la Seguridad Social (tanto de la empresa como del trabajador) durante el permiso parental si quiere mantener la cobertura que le proporciona la Seguridad Social. Este tipo de medidas, en los casos de empleos temporales y precarios, constituye, sin duda, un desincentivo para el disfrute de estos permisos parentales, dado el impacto económico que pueden llegar a representar⁶⁷¹.

b) En cuanto a la garantía de que dicho trabajador no será despedido, constituye sin duda uno de los aspectos de mayor importancia en las relaciones laborales. Se concreta en la protección ante posibles despidos por parte del empresario por causas relacionadas con el nacimiento de un hijo o con el disfrute de estos derechos, y esto se consigue, fundamentalmente, mediante la garantía de reingreso automático en su puesto de trabajo si se llegara a producir la situación discriminatoria, ya que la misma se consideraría nula y sin efecto.

⁶⁶⁸ En el sector privado y al menos que se decida lo contrario. Sin embargo, se tomará en consideración un máximo de 10 meses del primer permiso parental que se disfrute en el curso de una relación laboral a la hora de determinar el periodo de preaviso de despido, el periodo de prestaciones por enfermedad y los derechos de antigüedad en relación con la duración del permiso anual (vacaciones). Y en la medida en que la legislación federal no prevea lo contrario, el periodo de permiso parental no se tiene en cuenta en el cálculo de los derechos que se derivan de la duración del servicio (derechos de antigüedad). Por otra parte, el permiso parental no retrasará la promoción automática y, en general, el derecho a la Seguridad Social, concretamente a la asistencia sanitaria, no experimenta cambio alguno. El permiso parental se toma en consideración a efectos de pensiones, y el trabajador no debe abonar tasas o cotizaciones suplementarias. El permiso adicional (en total, un máximo de 10 años) suspende la promoción, pero se computa como periodo de servicio. En cuanto a los trabajadores contratados, todo el periodo de permiso parental se tiene en cuenta a efectos de derechos de antigüedad y se computa un 5 % del mismo si se trata del permiso adicional para el cuidado de un hijo.

⁶⁶⁹ Hasta un máximo de 22 meses: convenios colectivos de los trabajadores del sector metalúrgico.

⁶⁷⁰ Tanto en el sector público como en el privado, trabajar durante el permiso parental en una proporción mínima por debajo del límite establecido no es contrario al derecho a recibir prestaciones por permiso parental por parte del mismo trabajador o de uno diferente. Se considera como un contrato de trabajo paralelo, si el trabajador no viene a trabajar, no se considera como una contravención de su contrato laboral (el trabajador tiene derecho a seguir en contacto con la empresa según el legislador). Mientras que los trabajadores contratados del sector público pueden beneficiarse de este tipo de empleo, ciertos grupos de funcionarios no se encuentran en la misma situación. También se reconoce el derecho a ser informado durante el permiso parental acerca de los acontecimientos importantes que suceden en la empresa, especialmente los relativos a la insolvencia, la formación y los cambios estructurales.

⁶⁷¹ Se considera que todas las cuestiones de Seguridad Social son competencia nacional. Esto se comprende mejor si recordamos que el procedimiento utilizado para la convalidación del Acuerdo requiere mayoría cualificada en el seno del Consejo de Ministros europeo y la Seguridad Social es una materia en la cual la intervención de la Comunidad, a tenor del artículo 137 del Tratado, debe hacerse por unanimidad.

En relación con esta garantía y analizando la traducción que, de la misma, han realizado los Estados miembros, podemos decir que las legislaciones de éstos contrastan por la excesiva regulación existente sobre esta materia en algunos de ellos frente a la simple prohibición de despedir que se establece en otros Estados.

En el primer caso encontramos a Austria⁶⁷², Bélgica, Alemania⁶⁷³ y los Países Bajos, que destacan frente a la declaración genérica que se contiene en el resto de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁶⁷⁴.

Países	Periodo en que se protege frente al despido
AUSTRIA	Durante las 4 semanas posteriores al término del permiso parental
BÉLGICA	Durante 2 meses después del disfrute del permiso parental
DINARMARCA	Sólo se establece la prohibición del despido
FINLANDIA	Sólo se establece la prohibición del despido
FRANCIA	Sólo se establece la prohibición del despido
ALEMANIA	Desde la solicitud y durante el permiso parental el despido del progenitor depende de la autorización de las autoridades estatales responsables de la seguridad en el lugar de trabajo. Al final del permiso parental, sólo puede despedirse a sus beneficiarios si se notifica con tres meses de antelación
GRECIA	Sólo se establece la prohibición del despido
IRLANDA	Sólo se establece la prohibición del despido
ITALIA	Sólo se establece la prohibición del despido
LUXEMBURGO	Sólo se establece la prohibición del despido
PAISES BAJOS	El empresario debe obtener la autorización de un organismo administrativo si desea despedir a un trabajador, y no se concede dicha autorización si el despido está relacionado con el ejercicio de un derecho legal como el derecho a permiso parental.
PORTUGAL	Sólo se establece la prohibición del despido
ESPAÑA	Sólo se establece la prohibición del despido
SUECIA	Sólo se establece la prohibición del despido
REINO UNIDO	Sólo se establece la prohibición del despido

Fuente: Elaboración propia

⁶⁷² Aunque no se protege a los trabajadores contra el despido en caso de cierre de la empresa. En el caso de los trabajadores del sector público con un contrato laboral sujeto al Derecho privado, pueden ser despedidos, previa notificación, en cualquier momento y sin justificación alguna durante el primer año de trabajo, tras el primer año de trabajo, sólo pueden ser despedidos, previa notificación, si se da alguno de los motivos previstos en la Ley sobre los trabajadores contratados.

⁶⁷³ En cualquier caso, el despido como consecuencia de un permiso parental es ilegal, y se reconoce el derecho a reincorporarse al mismo puesto de trabajo o a uno análogo.

⁶⁷⁴ Recordemos que los datos que existen actualmente en el seno de las instituciones europeas se refieren a los países que integraban la Unión antes de la ampliación a 25 Estados.

En esta materia, al igual que hicimos en el estudio de la Política de Salud Laboral, debemos destacar el importante papel que ha venido a desempeñar el Tribunal de Justicia de la Unión Europea a la hora de interpretar esta garantía prevista en la Directiva del año 1996. Esta interpretación supone extender lo dicho en ese capítulo sobre la aplicabilidad directa de las normas comunitarias al caso concreto de la Directiva 96/34, con el matiz que también incorporamos, en aquel momento, sobre los contratos temporales. Así, dicho Tribunal diferencia entre la no renovación de un contrato temporal y el despido, y considera que la simple falta de renovación no puede considerarse discriminatoria, lo que obliga a aportar, por parte del trabajador, mayores indicios de que la discriminación se ha producido por motivos relacionados con el disfrute de estos permisos.

El segundo aspecto que podríamos valorar de la tabla anterior es el relativo a los días, semanas o meses durante los cuales se garantiza la imposibilidad del despido basado en el disfrute de estas licencias. De los Estados que hemos destacado por contener alguna regulación más detallada sobre esta materia, merece la pena resaltar los 2 meses de Bélgica y los 3 meses de Alemania. En este último Estado es curioso que, durante el disfrute del permiso parental, sean las autoridades competentes las que puedan autorizar el despido y al finalizar el disfrute de la licencia, sin embargo, se reduzca el nivel de protección, ya el que despido sólo se somete al requisito del preaviso de 3 meses. Resulta obvio que las empresas alemanas acudirán en mayor medida a esta segunda opción.

Esta última posibilidad se elimina en los Países Bajos al exigirse la autorización administrativa en todo momento y en todos los supuestos en los cuales un empresario quiera despedir a un trabajador.

2) El segundo elemento que consideramos necesario precisar en este momento se refiere a los requisitos previos que deben cumplirse para el disfrute de estos permisos parentales, tanto desde el punto de vista del sujeto causante, es decir, el menor que causa el derecho para sus progenitores, como desde el punto de vista del beneficiario, es decir, el trabajador.

La declaración que en la Directiva del año 1996 se contiene al respecto se limita a señalar que los Estados miembros podrán subordinar el disfrute de este derecho a un período mínimo de estancia del trabajador en la empresa, limitando la Directiva esta posibilidad a un año. Con esta previsión se deja en un segundo plano la declaración, también contenida en el Acuerdo Marco, sobre la aplicación del mismo, con independencia de la vinculación del trabajador con el mercado de trabajo. Es decir, se deja abierta la posibilidad de que existan repercusiones negativas para el trabajador temporal, principalmente y conforme a lo que hemos estudiado en el capítulo para las mujeres, que quieran disfrutar de uno de estos permisos parentales.

– Desde el punto de vista del menor causante del derecho podemos decir que, si bien en los permisos de maternidad y también en el caso de que el permiso de paternidad se contemple, no caben dudas de que es el nacimiento

o adopción de ese sujeto causante⁶⁷⁵ el que determina el inicio del derecho, no ocurre lo mismo con las reducciones de jornada o las que hemos denominado excedencias. Sobre este aspecto el Acuerdo Marco establece que este permiso podrá concederse hasta una edad del menor que el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán, pero que no sobrepasará los 8 años.

Partiendo, por tanto, de esta amplia declaración, podemos encontrar diferencias en estos Estados. Es el caso de Dinamarca, Italia⁶⁷⁶ y los Países Bajos, donde se fija ese límite de edad del menor en 8 años; en Portugal el tope será de 6 años; en Luxemburgo⁶⁷⁷ e Irlanda⁶⁷⁸ 5 años; en Finlandia, España y Francia⁶⁷⁹ de 3 años⁶⁸⁰; y finalmente en Suecia se señala que la edad del menor se fija en 18 meses o durante el periodo en el que exista el derecho a recibir prestaciones legales por permiso parental.

Otros Estados conceden el derecho al permiso parental tanto por adopción como por nacimiento biológico. Esto ocurre en todos los Estados europeos pero, sin embargo, diferencian en ambas situaciones la edad del menor para causar derecho al mismo. Así, en Alemania la edad del menor es de 3 años⁶⁸¹ si es por nacimiento biológico y si es por adopción la edad es de 8 años⁶⁸²; o como en el caso del Reino Unido, donde se fija en 5 años para el supuesto de nacimiento biológico y 18 años de edad en caso de adopción, como máximo⁶⁸³.

⁶⁷⁵ En la cláusula 2.1 del Acuerdo marco sobre el permiso parental se equiparan nacimiento biológico y adopción. La regla general es que en todos los Estados miembros se concedan permisos parentales tanto para los hijos naturales como para los adoptados

⁶⁷⁶ También para la adopción, pero si la adopción se produce cuando el niño tiene entre 6 y 12 años de edad, el permiso puede disfrutarse excepcionalmente en el curso de los 3 años siguientes a la adopción.

⁶⁷⁷ En Luxemburgo, solamente tienen derecho al permiso parental los padres de niños nacidos después del 31 de diciembre de 1998 o, en el caso de los niños adoptados, si el procedimiento de adopción se inició ante el Tribunal pertinente después de esa fecha. La Comisión ha iniciado un procedimiento de infracción contra Luxemburgo por considerar discriminatoria esta normativa.

⁶⁷⁸ En cuanto a la adopción se fija la misma edad, pero si la adopción se produce cuando el niño tiene entre 3 y 8 años de edad, el permiso puede disfrutarse excepcionalmente en el curso de los 2 años siguientes a la adopción. En respuesta a los procedimientos de infracción iniciados por la Comisión, Irlanda ha eliminado la disposición legislativa que establecía que el permiso parental sólo podía ser otorgado si el niño había nacido después del 3 de junio de 1996.

⁶⁷⁹ Esta edad se tiene en cuenta para el periodo de disfrute en caso de adopción. Así en el caso de un niño adoptado con menos de 3 años de edad, el derecho a permiso parental subsiste durante un periodo de 3 años a contar desde la fecha en que el niño pasa a formar parte de la familia, y en el caso de un niño adoptado con más de 3 años pero antes de que haya alcanzado la edad de escolarización, el derecho a permiso parental subsiste durante un periodo máximo de 1 año, a contar desde la fecha en que el niño pasa a formar parte de la familia.

⁶⁸⁰ Algunas modificaciones se han introducido en este sentido con la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶⁸¹ Aunque 12 de los 36 meses que dura el derecho a permiso parental pueden posponerse hasta que el niño alcance los 8 años de edad, siempre y cuando se cuente con el consentimiento del empresario.

⁶⁸² En Alemania, el permiso parental sólo puede otorgarse si los niños han nacido después del 31 de diciembre de 1991, pero esta disposición ya no tiene ninguna repercusión en la práctica.

⁶⁸³ En respuesta a los procedimientos de infracción iniciados por la Comisión, el Reino Unido ha eliminado la disposición legislativa que establecía que el permiso parental sólo podía ser otorgado si el niño había nacido después del 15 de diciembre de 1999.

También se diferencia en esta materia según que el sector sea público o privado. Así, en el caso de Bélgica se diferencia entre 4 años en el sector privado (8 años si el niño presenta una discapacidad grave) y 10 años en el sector público⁶⁸⁴; o como en el caso de Grecia donde se señala que la edad del menor será de 3,5 años en el sector privado, 6 años en la función pública y 12 años en el caso del permiso parental anual que se otorga a los progenitores sin cónyuge o conviviente (viudo, viuda o soltero) y que posean una relación laboral sujeta al Derecho privado⁶⁸⁵.

En otros países, sin embargo, se establecen todos estos tipos de diferenciaciones, como el caso de Austria, donde el régimen es más complejo⁶⁸⁶.

– Desde el punto de vista de los requisitos previos que debe cumplir el trabajador para poder disfrutar de estos permisos, el Acuerdo Marco recoge una doble declaración. Por una parte, prevé que dicho Acuerdo se aplique a todo titular de un contrato o relación laboral que se encuentre definido por la legislación, los convenios colectivos o usos nacionales⁶⁸⁷. Y por otra parte, destaca, de forma complementaria a lo anterior, que serán los Estados miembros los que estipulen las condiciones de acceso y las modalidades del permiso parental⁶⁸⁸, pudiendo subordinar el derecho de permiso parental a un periodo de trabajo y/o a una antigüedad que no podrá ser superior a un año. Además, podrán fijar los periodos de preaviso.

Parece por tanto que, conforme a la primera declaración, no se prevén exclusiones por razón del tipo de vinculación contractual entre empresario y trabajador, y especialmente por la duración del contrato de trabajo. Y conforme a la segunda, esto queda en manos de los Estados miembros.

Esta segunda declaración tiene un especial interés porque, si recordamos los datos proporcionados en el capítulo tercero de este trabajo, las mujeres

⁶⁸⁴ Sin embargo, si el régimen del permiso parental se combina con una interrupción de la actividad profesional por la que se recibe una prestación por desempleo, las condiciones son las mismas que las aplicables al sector privado.

⁶⁸⁵ Asimismo, existen diferencias según se disfrute el permiso a tiempo parcial o completo desde el punto de vista de la jornada. Es el caso de España, donde se fija la edad de 3 años en el caso de los permisos a tiempo completo y 6 años en el caso de los permisos a tiempo parcial. También en Suecia se diferencia según sea a tiempo parcial o completo el disfrute, es decir, la edad del menor es de 18 meses en el caso de los permisos a tiempo completo y 8 años en el caso de los permisos a tiempo parcial o hasta la finalización del primer año escolar si éste tiene lugar después de que el niño haya cumplido 8 años.

⁶⁸⁶ Se reconocen 2 años si se opta por el permiso en bloque, 4 años si se opta por el permiso a tiempo parcial. Además en el sector privado se señalan variaciones en caso de que el padre o la madre o ambos se beneficien de un permiso parental Concretamente: 23 meses si ambos progenitores disfrutan de un permiso de un mes al mismo tiempo; 7 años en caso de que los progenitores pospongan su permiso de 3 meses, más de 7 años si la escolarización del niño tiene lugar antes de que cumpla 7 años y se reducen los 3 meses de permiso, o si la escolarización se produce después de que el niño haya cumplido 7 años, 30 meses si el niño es adoptado con una edad que oscila entre los 18 meses y los 2 años; 7 años si el niño es adoptado después de haber cumplido 2 años el permiso parental será de 6 meses como máximo. En el sector público se prevé un permiso adicional hasta que tenga lugar la escolarización del niño para los funcionarios y trabajadores contratados de la Administración federal.

⁶⁸⁷ Cláusula 1.2 del Acuerdo Marco que recoge la Directiva 96/34/CE.

⁶⁸⁸ Cláusula 2.3 del Acuerdo Marco que recoge la Directiva 96/34/CE.

son las principales usuarias del trabajo temporal y del trabajo a tiempo parcial, lo que, en principio, no debería perjudicarles para disfrutar de estos permisos, que parece deben reconocerse de forma universal. Sin embargo, adelantamos que esta no ha sido la postura adoptada en todos los Estados miembros. Por el contrario, en algunos de ellos se han previsto una serie de condiciones mínimas que deben cumplirse con carácter previo para poder disfrutar del permiso en cuestión.

Así, mientras que en países como Finlandia, Alemania, y Portugal, reconocen el derecho al permiso parental sin requisito de antigüedad alguno en el mercado de trabajo, sólo establecen previsiones relativas al periodo de preaviso que van de los 10 días que se establecen en Portugal a los 2 meses de Finlandia.

Frente a esto, en el resto de países se establecen requisitos de preaviso y de antigüedad en el mercado de trabajo como se muestra en la tabla siguiente. Lo que supone que, en algunos casos, los trabajadores temporales serán excluidos de la posibilidad de disfrute de estos permisos. En el caso de Italia, además, se preve la exclusión de un colectivo que suele ser contratado temporalmente, es el caso de los trabajadores a domicilio y de los empleados del hogar. Esta exclusión resulta llamativa a los efectos del análisis que realizamos en este trabajo ya que, como todos sabemos, el trabajo a domicilio lo desempeñan principalmente mujeres. Esto provoca una desprotección importante en un mercado de trabajo donde la temporalidad y la precariedad también están muy presentes –como pusimos de manifiesto en el capítulo tercero de este trabajo–, especialmente en los países del sur de Europa.

En resumen ésta es la situación que existe en los 15 Estados miembros⁶⁸⁹:

⁶⁸⁹ Como hemos aclarado anteriormente, no existen actualmente datos de la situación existente en los 10 Estados que se han incorporado recientemente a la Unión Europea.

Países	Requisitos previos que debe cumplir el trabajador
AUSTRIA ⁶⁹⁰	Se exige como período de preaviso 8 semanas, y no se exige ningún periodo previo de trabajo.
BÉLGICA ⁶⁹¹	Preaviso de 3 meses (puede reducirse con el consentimiento del empresario), y el trabajador debe haber trabajado 12 de los 15 meses anteriores a la notificación por escrito, sólo aplicable en el sector privado.
DINARMARCA	El preaviso es de 4 semanas y el trabajador debe haber trabajado para la misma empresa durante, al menos, 3 meses
FINLANDIA ⁶⁹²	El preaviso será de 2 meses.
FRANCIA	El preaviso será de 2 meses y el trabajador debe tener un año de antigüedad.
ALEMANIA ⁶⁹³	El preaviso es de 4 semanas.
GRECIA ⁶⁹⁴	No se prevé regla alguna sobre el preaviso y sólo en el sector privado se exige un año de antigüedad en la misma empresa.
IRLANDA ⁶⁹⁵	El preaviso es de 6 semanas y en cuanto a la antigüedad en la empresa se exige un año sin interrupción.
ITALIA	El preaviso es de 15 días, pudiendo precisar el convenio colectivo las condiciones de disfrute y sin que legalmente se señale ninguna.

⁶⁹⁰ Que en caso de parto prematuro, múltiple o con cesárea serán 12 semanas Si un trabajador desea prorrogar su permiso, o si la madre y el padre se turnan en el disfrute del permiso parental, deben notificarlo con 3 meses de antelación respecto del comienzo de la nueva fracción del permiso parental. Si se adopta un niño, el permiso debe comenzar inmediatamente después de la adopción. El empresario y el trabajador pueden modificar estas condiciones de común acuerdo. Sin embargo, en el caso de los trabajadores que reclamen el abono de una prestación, se exigen 52 semanas de trabajo en el curso de los últimos 24 meses. Además, se prevé una disposición especial para los progenitores de niños nacidos entre el 1 de julio de 2000 y el 6 de agosto de 2001, si uno de los progenitores está disfrutando del permiso parental o lo ha pospuesto, dispone de un periodo de 3 meses para solicitar un permiso parental hasta que el niño cumpla 2 años.

⁶⁹¹ El trabajador, al remitir el preaviso, está obligado a proponer la modalidad del permiso. Durante el mes posterior al preaviso, el trabajador y el empresario deben llegar a un acuerdo acerca de la modalidad del permiso. Además el trabajador debe presentar documentos que certifiquen el nacimiento o la adopción, a más tardar, al dar comienzo la licencia parental.

⁶⁹² Una vez establecido el periodo de disfrute es posible cambiar la fecha por motivos de fuerza mayor, siempre que se respete el preaviso de un mínimo de un mes.

⁶⁹³ De acuerdo con la normativa aprobada en el año 2002, con efectos de 1 de enero de ese mismo año. Esta nueva Ley constituye la medida de ejecución nacional danesa de las normas relativas al permiso parental previstas en la Directiva, sobre la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia (92/85/CEE) y de la Directiva sobre el permiso parental (96/34/CE).

⁶⁹⁴ El permiso se concederá en función del número de años durante los que se haya trabajado para la empresa. Si se solicita un permiso parental en razón de otros hijos de la familia, debe haberse trabajado al menos durante un año, a partir del momento en el que haya finalizado el anterior periodo de permiso parental. Y como regla general el otro progenitor debe trabajar fuera del hogar.

⁶⁹⁵ Además, el trabajador debe confirmar la fecha de comienzo del permiso y la duración y modalidad del mismo con 4 semanas de antelación respecto de la fecha prevista de comienzo del permiso. En cuanto a la antigüedad si el trabajador dispone de, al menos, 3 meses de antigüedad, tiene derecho a una semana de permiso parental por cada mes de servicio.

Países	Requisitos previos que debe cumplir el trabajador
LUXEMBURGO ⁶⁹⁶	El preaviso debe ser de 4 meses y el trabajador debe haber trabajado como mínimo durante un año antes del permiso y para la misma empresa luxemburguesa a no ser que se haya visto obligado a cambiar de empresa por motivos económicos de los que no sea responsable.
PAISES BAJOS	Dos meses de preaviso y un año de antigüedad en la empresa.
PORTUGAL	Preaviso de 10 días de preaviso si se trata de un permiso parental o 30 días si se trata de un permiso especial.
ESPAÑA ⁶⁹⁷	No hay regla de preaviso y en cuanto a la antigüedad no se prevén condiciones especiales para ninguna de las modalidades de permiso parental.
SUECIA	El preaviso debe ser de 2 meses, pero en caso de que no sea factible, se prevé que la obligación de preaviso se cumpla "lo antes posible".
REINO UNIDO ⁶⁹⁸	21 días de preaviso y un año de antigüedad sin interrupción.

Fuente: *Elaboración propia*

3) Hasta ahora hemos analizado el disfrute de los permisos parentales desde la perspectiva del trabajador. Pero ¿qué ocurre cuando el trabajador quiere disfrutar de uno de estos permisos en un periodo determinado y por la organización de la empresa, por su carácter estacional o por cualquier otra circunstancia no es aconsejable el disfrute en dicho periodo? ¿Puede el empresario hacer valer los derechos inherentes al poder de dirección y posponer el disfrute de ese permiso?

La Directiva 96/34/CE se limita a señalar que los Estados miembros también deberán definir cuándo el empresario puede posponer el disfrute de estos derechos por los trabajadores, siempre que concurran causas que lo justifiquen, para lo cual la Directiva proporciona un listado entendemos que enunciativo, de cuales podrían ser estos motivos: *"que el trabajo sea estacional, no encontrar sustituto, concurrencia de solicitudes por el mismo motivo, y que las tareas a desempeñar por ese trabajador sean indispensables y estratégicas"* ⁶⁹⁹.

⁶⁹⁶ También se exige que el trabajador realice un mínimo concreto de horas mensuales.

⁶⁹⁷ Sin embargo, como ya expusimos anteriormente existen condiciones especiales para aquéllos que reclamen su derecho a recibir una retribución durante las 16 semanas posteriores al nacimiento: haber cotizado a la Seguridad Social durante un periodo mínimo de 180 días en el curso de los 5 años anteriores al nacimiento o, en caso de adopción, a la fecha de la resolución administrativa o judicial al respecto.

⁶⁹⁸ Es habitual en el Reino Unido la fijación de unas condiciones mínimas que se aplican sólo si los empresarios y los trabajadores no llegan a un acuerdo sobre sus propias modalidades de permiso parental. Pueden hacerlo mediante acuerdos del personal, convenios colectivos o acuerdos individuales. Una vez que estos acuerdos se han concluido, son de aplicación siempre y cuando garanticen, al menos, el respeto de las condiciones mínimas (*fall-back*) previstas en la legislación.

⁶⁹⁹ Además pueden los Estados autorizar la celebración de acuerdos particulares que respondan a las necesidades de las pequeñas empresas. Mediante estas cláusulas de descuelgue lo que se pretende es atender mejor a las necesidades de las empresas y sus trabajadores, especialmente las Pequeñas y Medianas empresas (PYMES).

Con esta declaración se traslada al fuero del trabajador los riesgos de la actividad productiva, en el sentido de primar los intereses empresariales frente a los del trabajador. Además, se prevé en la norma comunitaria que las discrepancias surgidas por este motivo deberán ser resueltas conforme a la normativa nacional, tanto legal como convencional. Por lo que parece, en el ámbito del Derecho comunitario no se contiene una solución para los posibles conflictos que surjan entre trabajador y empresario.

De cualquier forma debemos reconocer que no todos los Estados miembros han atribuido esta posibilidad al empresario para que retrase el disfrute del permiso. Los que sí lo han hecho (6 de 15 Estados) se recogen en el siguiente cuadro donde, además, se indican las limitaciones que se han previsto al respecto en la normativa nacional correspondiente.

Países	Posibilidad de posponer el disfrute del derecho al permiso parental
BÉLGICA	Se remite a las causas previstas en la Directiva y además las pequeñas empresas, definidas como las que tienen menos de 50 trabajadores, pueden concluir acuerdos particulares en materia de permiso parental.
DINARMARCA	La posposición del permiso se puede realizar hasta 26 semanas si la agencia de empleo no puede sustituir al trabajador que disfruta del permiso parental o si el empresario no desea valerse del sustituto que se le ha proporcionado.
IRLANDA	La posposición es posible por 6 meses si la concesión del permiso perjudicara de forma sustancial al funcionamiento de la empresa.
LUXEMBURGO	El permiso parental que debe tomarse inmediatamente después del permiso de maternidad no puede posponerse. Sin embargo, se preve la posibilidad de una posposición, como máximo de 2 meses, por los motivos establecidos en la Directiva. En las empresas con menos de 15 trabajadores y con motivo del trabajo estacional, el empresario puede retrasar la concesión de un permiso parental hasta un máximo de 6 meses.
PORTUGAL	Sólo en el caso de los regímenes a tiempo parcial para el cuidado de los hijos durante 2 ó 3 años como máximo el empresario puede posponer el permiso por razones relativas al funcionamiento de la empresa y si no es posible sustituir al trabajador. Sin embargo, para denegar el permiso debe obtenerse el consentimiento de la Comisión por la igualdad laboral y en el lugar de trabajo.
REINO UNIDO	El empresario puede retrasar la concesión del permiso parental si el hecho de tomarlo en el momento solicitado pudiera perjudicar al funcionamiento de la empresa. En este caso el empresario debe especificar cuándo podrá concederse.

Fuente: *Elaboración propia*

– Una vez analizados los aspectos que consideramos esenciales del contenido de la Directiva 96/34 y su traducción a los ordenamientos nacionales, nos quedaría por hacer, en este capítulo, una valoración desde la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, antes de pasar a las conclusiones finales de este trabajo de investigación y sin perjuicio de las valoraciones que hemos ido incorporando en el examen de cada permiso.

La valoración que, desde esta perspectiva, podemos hacer del contenido de esta Directiva del año 1996 y su concreción en los Estados miembros, incluye varios aspectos que pasamos a analizar.

En primer lugar, queremos resaltar el escaso grado de armonización de esta materia en el seno de estos Estados ya que, dentro o incluso fuera de los márgenes que preve la norma comunitaria, los Estados han establecido todo un entramado legal o convencional para regular esta materia, utilizando para ello las amplias competencias que le atribuye dicha norma comunitaria.

Como hemos podido comprobar, son reiteradas las remisiones que ésta realiza a las competencias de los Estados miembros y éstos, como ha declarado la propia Comisión Europea, han desarrollado ampliamente la materia. Expresamente ha señalado dicha institución que *“muchos Estados miembros están ampliando las modalidades de permiso (Dinamarca, Francia, Finlandia, España, Suecia, el Reino Unido, Irlanda, Austria y los Países Bajos). Aunque se trata de un aspecto positivo, dado el desequilibrio dominante en el planteamiento de la responsabilidad de los cuidados, que sigue recayendo en las mujeres, existe el peligro de que los períodos de permiso prolongados tengan una repercusión negativa sobre la tasa de participación femenina, aumenten las diferencias salariales y potencien la segregación por sexos”*.

Por ello concluye la Comisión que *“los futuros retos de la política de igualdad de oportunidades siguen siendo, por tanto, alcanzar los objetivos de Lisboa, intensificar el seguimiento de los efectos de las políticas, mejorar los servicios de guardería (objetivos de Barcelona) y aumentar la intervención de los interlocutores sociales, en especial en lo que se refiere a las diferencias salariales y los permisos parentales”*.⁷⁰⁰

Además de lo anterior y para evitar el desequilibrio que hoy persiste en la asunción de responsabilidades familiares por hombres y mujeres, a pesar de las mejoras incorporadas en los ordenamientos nacionales, como hemos podido comprobar, los futuros retos deben centrarse en el reconocimiento individual y diferenciado de estos permisos para hombres y mujeres, ya que, como también ha manifestado la Comisión, siguen siendo las mujeres las que principalmente disfrutan de las licencias por motivos familiares. A partir de este reconocimiento entendemos que, al menos, la tasa de participación femenina podrá

⁷⁰⁰ Informe sobre la Igualdad de Oportunidades referido al año 2002. Documento COM (2003) 98 final de 5 de marzo de 2003. pág. 9 y 10.

variar, lo que permitirá, además, ejercer una mayor presión para conseguir la igualdad salarial y la segregación de los mercados de trabajo.

En segundo lugar y como ha señalado algún autor *“en el origen de la desigualdad se halla la diferente utilización del tiempo para hombres y mujeres y la diferente distribución y consideración del mismo que se ha venido haciendo en todo lo que ello ha llevado consigo”*⁷⁰¹.

Precisamente, porque persisten esos desequilibrios en la asunción de las responsabilidades familiares a pesar de todas las mejoras incorporadas, es por lo que deberíamos replantearnos cómo estamos intentando conseguir la conciliación de la vida familiar y laboral. La realidad demuestra que son las mujeres las principales usuarias de los medios legales previstos en las regulaciones nacionales para conseguir esta conciliación, especialmente los relacionados con el tiempo. Esta realidad también demuestra que, cuando no se utilizan los medios legales, se suele acudir a otros miembros de las familias para que colaboren en la ayuda que exige la atención de dichas responsabilidades; y esto, curiosamente, se está haciendo acudiendo a otras mujeres, las abuelas o las trabajadoras del servicio doméstico, en el mejor de los casos⁷⁰².

Por tanto, estamos solucionando las tensiones existentes entre lo público y lo privado con otras mujeres, sin darles a los hombres el lugar que deben tener y asumir. Esto supone, en resumen, que, a pesar de los avances en las legislaciones, de los informes y evaluaciones que desde el ámbito internacional hasta el nacional se han realizado, y a pesar de haber declarado públicamente de forma reiterada que se ha entendido lo que supone la Igualdad de Género, a pesar de todo ello seguimos protegiendo a las mujeres y no a las responsabilidades familiares, aunque éstas por extensión resulten protegidas⁷⁰³.

Y esto es así porque no se ha atajado el problema en su justa medida y desde el origen. No se han igualado costes laborales y posibilidades de disfrute de las medidas legales, especialmente las relacionadas con el tiempo. Esto provoca que continúen estando presente la variedad de conflictos que genera la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas que trabajan.

Desde la perspectiva de los empresarios, y partiendo del conflicto de intereses que, de forma innata, existe en las relaciones laborales, las cargas

⁷⁰¹ CHICAGO JÁVEGA, E. “Análisis y evaluación de las políticas de igualdad en el Estado Social y Democrático de Derecho: Marco constitucional y estatutario”. Conferencia impartida en el *Congreso Internacional sobre Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. Madrid, 4 y 5 de abril de 2005. <http://www.mtas.es>. 15 de octubre de 2005. pág. 5. Esta misma autora considera que *“determinadas políticas que teóricamente buscan conciliar trabajo y familia no hacen más que perpetuar la opresión, ya que procuran que las mujeres puedan continuar trabajando gratuitamente en la familia estando mal pagadas en el mercado de trabajo, sin tocar la división del trabajo entre las mujeres y los hombres.”*. *Ibidem.*, pág. 5 y 6.

⁷⁰² Como han señalado algunas autoras *“las mujeres se definen como el colectivo problemático y el principal objetivo de las acciones. Ellas son tratadas como las principales responsables del cuidado, que parece ser un problema exclusivo de las mujeres. Tan sólo a ellas, y no a los hombres, se les hace responsables del cambio. A los hombres no se les exigen cambios para compatibilizar trabajo y vida familiar”*. BUSTELO, M. y LOMBARDO, E. *op. cit.*, pág. 14.

⁷⁰³ Sobre este aspecto puede consultarse AA.VV *Nuevo Contrato Social Mujeres-Hombres: para compartir las responsabilidades familiares, el trabajo y el poder*. Federación de Mujeres Progresistas, Madrid, 1997.

familiares se perciben, con frecuencia, como una amenaza potencial para el rendimiento laboral, lo que se pone de manifiesto en los procesos de selección de personal. De ahí que la conciliación sea considerada –como ya hemos expuesto– como un coste que la clase empresarial se resiste a asumir. Se considera que es el Estado –no la patronal, ni tampoco los trabajadores– quien debería asumir dicho coste⁷⁰⁴, y el Estado básicamente propone negociar los derechos de conciliación, por los elevados costes que conlleva su protección⁷⁰⁵.

Por esta falta de entendimiento y de asunción del problema real que es económico, se siguen buscando fórmulas maestras como la tan exaltada flexibilidad en la organización del trabajo⁷⁰⁶. Esta flexibilidad se ha lanzado como la gran solución al problema de la conciliación, pero incluso esta flexibilidad puede ser entendida de forma distinta por empresarios y trabajadores.

Para los primeros, la flexibilidad puede suponer –como ya dijimos– disponibilidad para trabajar más o prolongar las jornadas de trabajo hasta altas horas, disponibilidad de viajar, disponibilidad para tener movilidad geográfica, etc⁷⁰⁷. Esto en relación a lo que se refiere a la flexibilidad que los empresarios esperan conseguir de los trabajadores. En sentido inverso, esa flexibilidad del empresario frente al trabajador se está concediendo puntual e individualmente a algunos colectivos de trabajadores, normalmente trabajadores de las llamadas élites profesionales y con el fin de crear una fidelidad entre estos trabajadores y la empresa, para evitar su huida a otras empresas⁷⁰⁸.

Para el resto de trabajadores o sus representantes, esta flexibilidad, sin embargo, se traduce en un menor tiempo de trabajo productivo o profesional, más tiempo libre por tanto para atender a la familia, junto con una flexibilidad económica por parte de la empresa o del Estado para concederles ayudas para

⁷⁰⁴ Así se pone de manifiesto en el Estudio realizado por GPI CONSULTORES sobre la “Conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demandas”. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Abril 2005. <http://www.mtas.es> 10 de octubre de 2005. pág. 231.

⁷⁰⁵ Véase MÉDA, D. *El Tiempo de las mujeres. Conciliación entre la vida familiar y profesional de hombres y mujeres*. Editorial Narcea, Madrid, 2002, pág. 31- 44. DALACOURT, N.L. *Las mujeres en la Comunidad Económica Europea*. Instituto de la Mujer, Madrid, 1994. IZQUIERDO, J. et al. *La desigualdad de las mujeres en el uso del tiempo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1988.

⁷⁰⁶ Como ponen de manifiesto algunos autores un ejemplo a seguir lo encontramos en este caso en Holanda donde se permite negociar estos aspectos temporales entre empresarios y trabajadores y además hacen uso de esta posibilidad. MÉDA, D. *op. cit.*, pág. 105.

⁷⁰⁷ En el Estudio realizado por GPI CONSULTORES sobre esta materia se pone de manifiesto que “[...] que en más del 60% de las empresas entrevistadas se opina que las dificultades de compaginación deben solucionarse por las familias de forma privada, a la vez que casi un 70% está de acuerdo en que la empresa privada debe tener una orientación exclusiva hacia el logro de la mayor productividad. Por otro lado, es destacable que en casi un 50% de las empresas entrevistadas se cree que las responsabilidades familiares limitan el rendimiento de las mujeres”. “Conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demandas”. *op. cit.*, pág. 232. Aunque estos datos se refieren a España se trata de un comportamiento generalizado en las sociedades europeas.

⁷⁰⁸ Así lo ha puesto de manifiesto entre otros, CABALLERO BELLIDO, M. “Políticas empresariales de conciliación de la vida familiar y laboral: buenas prácticas. “. *op. cit.*, pág. 6. Esta autora considera que la ausencia de una política empresarial para conciliar los tiempos de trabajo y familia repercute negativamente en la empresa, ya que los trabajadores tiende a abandonar los puestos de trabajo, lo que resulta gravoso para la empresa según la categoría de trabajadores de que se trate.

atender las responsabilidades familiares. Estos representantes proponen que las medidas vengan impuestas por ley, no sólo por la negociación colectiva que debe sólo concretar estos aspectos. Esto se hace porque se considera que, en la medida en que se deje a los sujetos implicados en las relaciones laborales la fijación de los mínimos de protección que deben existir en esta materia, el desequilibrio de fuerzas que conlleva toda relación laboral impedirá que la conciliación pueda conseguirse de forma adecuada y eficaz, ya que se encontrarán siempre con la negativa del empresario a invertir en esta materia. De ahí la necesaria intervención del Estado, no sólo como legislador sino como garante de esta pretendida conciliación, con la consiguiente ayuda económica que esto le exige.

Partiendo de esta última perspectiva, el Estado tendría tres cometidos: uno, crear la infraestructura necesaria para atender a las responsabilidades familiares; dos, regular los derechos de conciliación para hombres y mujeres y asegurar su cumplimiento, y tres sensibilizar sobre esta materia para motivar a los trabajadores para el disfrute de los derechos. Y además, el Estado debe hacerlo de una forma integral –como decíamos al comienzo de este trabajo–, ya que la temporalidad y precariedad existente en los mercados de trabajo, aunque supongan cuestiones propias de una política de empleo, no pueden dejar de ser consideradas en este momento, ya que van a influir en el disfrute de esos derechos de conciliación. Hay que intentar integrar las diferentes leyes que regulan estas materias para que no sean los trabajadores con mejores rentas y trabajos indefinidos los únicos que disfruten realmente de derechos de conciliación.

En tercer lugar y aplicando la perspectiva del Feminismo de la Diferencia, también debemos destacar que, desde el punto de vista de los trabajadores, hombres y mujeres, también podemos destacar algunos datos que demuestran esta necesidad de cambio y que incluso está generando conflictos en el seno del propio colectivo femenino. La mujeres que son madres y además trabajan fuera de casa, en un porcentaje muy alto de casos, siente un cierto malestar y desencanto por su situación, en el sentido de que las vidas que llevan les generan estrés y frustración por la imposibilidad de atenderlo todo.

Las madres que no trabajan fuera de casa justifican su situación acudiendo, en muchas ocasiones, a la conveniencia de que se atienda a los hijos de forma total y permanente por ellas mismas, sin tener que compartir con otras personas estas responsabilidades, y por ello realizan una exaltación de las renuncias que hacen las mujeres al mercado de trabajo. Se genera, por tanto, un conflicto o tensión entre el propio colectivo de mujeres, ya que las que no trabajan fuera de casa critican, en muchas ocasiones, la aspiración por ser buenas profesionales de las que sí lo hacen, priorizando ellas los roles tradicionales de la mujer.

Por su parte, los hombres que son padres y además trabajan fuera de casa, aceptan la incorporación de la mujer al mercado, al menos formalmente, pero al mismo tiempo ponen de manifiesto las consecuencias negativas que esto

provoca para las familias⁷⁰⁹. Entre el colectivo de hombres no se crean conflictos, ellos son más sencillos en los planteamientos que tienen en esta materia de ahí que, en su mayoría, piensen que los hombres deben procurar el mantenimiento de las familias buscando los recursos económicos necesarios para ello, es su obligación. En el tiempo que les queda libre, algunos piensan que deben –y otros que simplemente pueden– ayudar en el cuidado de hijos y personas mayores, pero no hay conflicto entre ellos y consigo mismos, no hay sentimiento de culpa, salvo excepciones por supuesto⁷¹⁰.

Estos conflictos entre colectivos del mismo sexo, y entre mujeres y hombres, podrían verse disminuidos con un planteamiento de la cuestión en términos de individualidad, como hace el Feminismo de la Diferencia, porque existiría autonomía a la hora de decidir cómo coordinar entre esas mujeres y hombres sus responsabilidades familiares.

Si se observa la declaración que acabamos de realizar, se comprueba algo que resulta obvio y es la necesidad de articular las relaciones familiares para ambos progenitores, con medidas legales que lo posibiliten. Sin embargo, lo que encontramos en la práctica es un tratamiento parcial de la responsabilidad parental, ya que no se hace referencia a los supuestos de padres que deben atender solos a sus hijos; además se presume que en el caso de que ambos progenitores convivan estas necesidades no aparecen, cuando la realidad demuestra lo contrario, a pesar del auxilio de los abuelos. Y por supuesto, a pesar de la neutralidad que prima en la configuración de esas medidas legales, los varones son olvidados.

En cuarto lugar, debemos dejar claro que la mejora en esta materia exige una gran inversión pública y un cambio en los sistemas de protección social. Curiosamente y respecto al primer aspecto, en algunos Estados miembros en los últimos años se ha reducido la inversión económica que se realiza en esta materia. Algunos estudios han puesto de manifiesto que, en la década de los noventa, Estados como Dinamarca, Alemania, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Finlandia, Reino Unido y Noruega, habían aumentado la inversión del gasto público destinado a esta materia. Frente a Estados como Bélgica, España, Francia, Italia, Holanda, Austria, Portugal, y Suecia que lo habían matenido igual o incluso reducido⁷¹¹.

⁷⁰⁹ Así también se ha puesto de manifiesto en el Estudio realizado por GPI CONSULTORES sobre la “Conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demandas”. *op. cit.*, pág. 227.

⁷¹⁰ De los datos estadísticos que se proporcionan en el Estudio realizado por GPI Constultores se desprende que el hecho de los hombres estén ocupados o estén simplemente en edad de trabajar y buscando empleo, no influye en el tiempo que dedican de media diaria a la atención y cuidado de la familia. Estos datos se resumen de la siguiente forma: “Si los hombre están en edad laboral, dedican diariamente 1 hora y 32 minutos a las tareas domésticas, 2 horas y 9 minutos a la atención a menores, y 58 minutos a la atención a mayores. Si están ocupados dedican 1 hora y 30 minutos a las tareas domésticas, 2 horas y 20 minutos a la atención a menores, y 53 minutos a la atención a mayores.” Estos datos son más distantes en el caso de las mujeres, dedicando menos tiempo a estas tareas si trabajan fuera del hogar. “Conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demandas”. *op. cit.*, pág. 247 y 248.

⁷¹¹ FERRARI, I. pone de manifiesto basándose en datos de la encuesta de Eurostat que entre los años 1980 y 1997, muchos Estados miembros disminuyeron la inversión en esta materia, calculada esta disminución según el porcentaje del PIB que se destinaba a la misma. *op. cit.*, pág. 190.

En este segundo grupo encontramos países en los cuales, en la actualidad, existe un buen Estado de Bienestar, traducido en servicios para sus ciudadanos; y otros donde dicha circunstancia no se produce, bien porque las propias familias han asumido dichos servicios de cuidado y atención a terceros, bien porque la dinámica de los mercados de trabajo permite que se ausenten del mismo por periodos determinados, pudiendo volver a ellos tras un periodo de ausencia sin importantes dificultades. Lo cierto es que no podemos comparar la situación real existente en países como Austria o Suecia con España o Italia, por ejemplo.

Y respecto al segundo aspecto, el modelo de protección social que debe adoptarse, algunos autores han propuesto una serie de modelos de servicios de atención social que presentamos a continuación⁷¹². Cada uno de estos modelos tiene algo de positivo, pero en conjunto es el primero el que resulta defendido por los principales movimientos feministas que buscan la protección de la mujer en cuanto ciudadano⁷¹³. En este caso concreto, la postura del doctorando es algo más ecléctica como se va explicar a continuación. Los modelos son los siguientes:

1.- El modelo del universalismo, según el cual el ciudadano tiene derecho a la dispensa de servicios que debe ofrecerle el Estado de forma asistencial, sin tener en cuenta su contribución a los regímenes de Seguridad Social. De manera que estos servicios se financian con el dinero público y con las contribuciones de los usuarios, determinadas en función de sus rentas presentes. Los servicios no se cobran si el cliente no tiene rentas o medios propios. Se organiza principalmente desde las autoridades locales que reciben la financiación nacional. Y los servicios pueden ser ofrecidos por empresas públicas o privadas concertadas con el poder público. Existe la posibilidad de servicios durante determinadas horas al día especialmente para los niños.

Este es el modelo que, como hemos podido comprobar en el examen llevado a cabo en este capítulo, existe en Suecia y Finlandia, países que se toman como referencia para mejorar la situación existente en el resto de países de la Unión Europea. En estos Estados además de una gran inversión pública existe –como ya hemos también destacado– un mercado de trabajo muy dinámico y una población más reducida que en el resto de Estados miembros, lo que supone que los ciudadanos destinatarios de la ayuda sean menores en número.

2.- El segundo modelo sería más liberal. En él las personas asumen la responsabilidad de atender a sus familiares, principalmente a través de las empresas privadas que ofrecen estos servicios, limitándose los poderes públicos a ejercer un control de estos servicios y, en todo caso, a atender a los ciudadanos que se encuentran en una situación de marginación más extrema. Este parece que es

⁷¹² También puede consultarse este aspecto en FLAQUER, L. *op. cit.*, pág. 81

⁷¹³ Así lo pone de manifiesto MÉDA, D. *op. cit.*, pág. 98 y 107. Esta autora destaca que los países nórdicos están más avanzados porque también los movimientos feministas están más avanzados, han conseguido implicar a los hombres en las propuestas que han realizado.

el sistema que existe en el Reino Unido y que funciona, aunque sin llegar a los extremos de los países escandinavos.

3.- El tercer modelo es más conservador ya que fomenta el tipo de familia tradicional con el reparto de roles convencionales entre mujeres y hombres. En este caso, es la familia la que debe aportar los servicios de cuidado y sólo, subsidiariamente, el poder público interviene. Este es el sistema de protección que existe, por ejemplo, en Alemania, donde la proporción de mujeres en el mercado de trabajo es baja en las edades inferiores de los hijos.

4.- El cuarto y último modelo es aquel en el que algunos servicios de cuidado –como la salud– son universales y otros se conceden en función de las contribuciones a la Seguridad Social. Por ello abundan más los servicios de atención a personas mayores que a niños, ya que la salud de los mayores requiere mayor atención. En este modelo los servicios sociales públicos son escasos, tienen un papel más protagonista las organizaciones voluntarias y las privadas, que cuentan con el apoyo económico del Estado a través, fundamentalmente, de subvenciones y otras formas de financiación (Portugal, España, Italia, Grecia)⁷¹⁴.

Si analizamos detenidamente estos cuatro modelos resulta que es el primero el que, después del examen que hemos realizado, resulta más ventajoso para el ciudadano, ya que la protección es universal; y en el caso particular de protección de la maternidad y las responsabilidades familiares, esto contribuye a la igualación de esas responsabilidades entre hombres y mujeres, a la consecución de esa corresponsabilidad que se pretende en esta materia.

Sin embargo y a pesar del interés y conveniencia del modelo, en la actualidad no puede aplicarse al cien por cien en todos los Estados miembros, aunque sí pueden tomarse como ejemplo algunos aspectos⁷¹⁵. Las razones de esta imposibilidad son fundamentalmente de tipo cuantitativo. Primero, porque la población de países como Finlandia, Noruega o Suecia no es la población existente en el resto de países europeos. Segundo, porque el dinamismo de los mercados de trabajo de estos países y la productividad de las empresas tampoco es la misma, como demuestran los estudios económicos que se han realizado en esta materia. Por tanto, tanto la inversión privada en la materia como la dificultad de encontrar un trabajo tras el disfrute de determinadas licencias son menores⁷¹⁶.

⁷¹⁴ En parecidos términos se pronuncian ANTONEN, A & SIPILÄ, J. *op. cit.*, pág. 442. Además puede consultarse AA.VV. "Gastos de protección social de los países de la UE (% PIB)", en *Políticas sociales y Estado de Bienestar en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Fundación Hogar del Empleado, Editorial Trotta, 1999. MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J. "Los sistemas de protección social en Europa". *Noticias de la Unión Europea*, nº 180, enero 2000, págs. 101 y ss. También puede consultarse MORENO, L. "Bienestar mediterráneo y supermujeres". Unidad de Políticas Comparadas (CSIC) Documento de Trabajo 03-09. Agosto de 2003 <http://www.iesam.csic.es/doctrab2/dt.0309pdf>. de 1 de diciembre de 2005.

⁷¹⁵ Sobre este punto puede consultarse KIERNAN, K.E. "El papel del hombre y de la mujer en la futura Europa". En AA.VV. *El capital humano europeo en el umbral del siglo XXI*. *op. cit.*, pág. 393-395.

⁷¹⁶ Como ha puesto de manifiesto el profesor RAMOS DÍAZ, J. en los países escandinavos (Dinamarca, Holanda, Noruega y Finlandia), los trabajadores se sienten más seguros para invertir en formación y especializarse, hay mayor grado de fidelidad con los empresarios, por lo que son más proactivos para adaptarse a las modificaciones tecnológicas, para la recualificación profesional y para la movilidad geográfica, lo que repercute positivamente en la necesidad de adaptación al cambio de las empresas y en la productividad de éstas. Esta seguridad laboral es también una moneda de

5.- En quinto lugar y como conclusión de cierre de este último capítulo, debemos destacar que, por todo lo dicho anteriormente, puede comprobarse que la técnica del *mainstreaming* no se está aplicando adecuadamente en todos los países europeos para configurar los derechos relativos al tiempo de trabajo y atención a la familia, ya que no se está teniendo en cuenta el impacto de género, las necesidades de hombres y mujeres en el diseño, aplicación práctica y evaluación de las medidas legales y convencionales⁷¹⁷.

Esto se comprueba fácilmente en la ordenación que se ha hecho de los permisos parentales: en muchos Estados el que hemos considerado permiso de paternidad no se menciona; en otros Estados se confunde con el permiso de maternidad y en el mejor de los casos, se contempla a los varones para que compartan con las madres los beneficios legales que reconocen los ordenamientos jurídicos.

Esta conclusión, que extraemos del examen de las medidas temporales, puede hacerse extensiva a otro tipo de medidas que no sean las relacionadas con el tiempo de trabajo o de no trabajo productivo, por ejemplo, con las medidas económicas o de servicios que se prevén en muchos Estados miembros.

En definitiva, tanto los conflictos entre trabajadores y empresarios como aquellos entre éstos y los Estados seguirán estando vigentes mientras no cambie la formulación de los derechos, lo que además repercute en el equilibrio de las cuatro parcelas de las que venimos hablando desde el comienzo de este trabajo de investigación. Todo esto se ampliará en las conclusiones finales de este estudio.

cambio para la negociación colectiva. Conferencia inaugural de las XXIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo el título "25 años de estatuto de los trabajadores: balance y perspectiva para un nuevo estatuto". Huelva, 17 y 18 de noviembre de 2005.

⁷¹⁷ Sobre estas diferencias puede consultarse NICHOLSON, J. *Hombres y mujeres: ¿hasta qué punto son diferentes?*. Editorial Ariel, Barcelona

CAPÍTULO X:

CONCLUSIONES

Conclusiones

En este último capítulo pretendemos recoger muchas de las valoraciones e impresiones que ya han sido vertidas en los capítulos anteriores. Además nos proponemos resumir algunas de las principales propuestas que desde el Feminismo de la Diferencia y, en nuestra opinión, deben ser tenidas en cuenta para continuar avanzando en el camino de la defensa de la igualdad entre mujeres y hombres.

Desde el punto de vista del contenido de las políticas que hemos examinado y partiendo de que la situación de la mujer en el mercado de trabajo es la que hemos presentado en el capítulo tercero, junto con el modelo de familia predominante en las sociedades europeas, lo que debemos concluir ahora es sobre la idoneidad en el diseño de esas cuatro políticas que hemos elegido para nuestro estudio. Esto se hace con el fin de mejorar la posición de la mujer tanto en la esfera privada como pública, y al mismo tiempo hacerlo teniendo presente que comparte vida privada y pública con los hombres.

Para exponer estas conclusiones vamos a señalar en primer lugar las que consideramos más importantes de cada una de las políticas que hemos estudiado y posteriormente enumeraremos las que consideramos conclusiones genéricas surgidas del discurso que se ha mantenido en todo el trabajo de investigación.

1.- Desde la perspectiva de la Política de Igualdad de Oportunidades ya destacamos que en el ámbito internacional se sigue insistiendo sólo en la necesidad de facilitar el acceso al empleo y la formación de las mujeres, en la necesidad de garantizar la igualdad salarial, la igualdad en el sistema de Seguridad Social y, en particular, se protege la maternidad como parte de esta igualdad de oportunidades. No se percibe, como ya pusimos de manifiesto en el capítulo cuarto, que la realidad ha cambiado sustancialmente. Las normas internacionales que hemos estudiado en esta política se empeñan en continuar avanzando por el mismo sendero proteccionista de la mujer de forma exclusiva.

2.- Siguiendo con la igualdad de oportunidades y en el ámbito concreto del Derecho comunitario, debemos concluir que la misma se ha desarrollado de forma considerable gracias a los Programas de Acción Comunitarios. Estos programas han supuesto un mecanismo de avance en la materia que analizamos y como se puso de manifiesto en el capítulo sexto; esto se ha conseguido de forma señalada con los primeros Programas aprobados, ya que a pesar de las reticencias para incorporar mejoras en el seno de las instituciones que diseñaban los mismos, el reforzamiento del papel del Parlamento Europeo tras Maastricht y Amsterdam y el esfuerzo de la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos, han permitido la elaboración de auténticos documentos guías para avanzar en la igualdad de hombres y mujeres.

También debemos atribuir a estos programas comunitarios que hayan facilitado, a través de su fomento, la adopción de la técnica del *mainstreaming*. La adopción de esta técnica de análisis e intervención va permitir que se adopten, entre otro tipo de medidas, las llamadas de acción positiva para hombres, además de su utilización tradicional para las mujeres, ejemplo de ello es lo que hemos recomendado en el capítulo noveno respecto al tiempo de trabajo. Éste último debe ser el siguiente paso a dar desde las instancias comunitarias. Éste es el ámbito que reclama más atención en este momento, para poder ajustar los desequilibrios de las cuatro parcelas analizadas desde el comienzo de esta investigación.

3.- Desde el punto de vista de la Política de Igualdad en el mercado de trabajo y en concreto en el ámbito internacional nos encontramos, como pusimos de manifiesto en el capítulo dedicado a la normativa internacional, con un tratamiento limitado de estas cuestiones, centradas prácticamente en la garantía de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres, y en la necesidad de que los Estados Partes elaboren sus políticas de empleo.

4.- Este escaso tratamiento internacional de lo que hemos analizado en la Política de Igualdad en el mercado de trabajo contrasta con el gran desarrollo que la misma ha tenido en los últimos años en el ámbito comunitario. En el capítulo séptimo hemos distinguido para estudiar lo que nos interesaba, entre medidas de estímulo del empleo femenino a corto plazo y medidas que lo fomentan a largo plazo. En el primer ámbito hemos analizado la igualdad en las condiciones laborales que disfrutaban hombres y mujeres, en el segundo ámbito nos hemos centrado en las ayudas económicas que reciben los empresarios para contratar a mujeres.

La conclusión que extraemos del primer ámbito es que la garantía que supone a corto plazo la igualdad entre hombres y mujeres en todas las condiciones laborales y de Seguridad Social, no resulta real en la práctica o, al menos, no resulta efectiva, puesto que el funcionamiento de los mercados y de la vida de las personas que intervienen en él demuestra que no existe reparto igualitario de responsabilidades familiares y profesionales. Si esto lo relacionamos con la igualdad de retribución, y a pesar del avance que ha supuesto la aplicabilidad directa de parte del Derecho comunitario, debemos reconocer que se trata de una asignatura aun pendiente en el seno de los Estados miembros. Parece que no existe un sistema del todo eficaz para detectar y sancionar las discriminaciones salariales, las

cuales suelen aparecer ligadas a categorías profesionales que curiosamente son principalmente femeninas. Esto se observa muy claramente en la promoción profesional de las mujeres, que en muchas ocasiones encuentran mayores obstáculos para ascender en su carrera profesional, lo que limita por consiguiente su incremento salarial.

En cuanto a la igualdad de trato en el resto de condiciones laborales, no podemos dejar de reconocer el gran avance que supuso la aprobación de la Directiva 76/207/CEE y todas las que a partir de ella se han aprobado para completar su régimen jurídico, pero también es cierto como explicamos en el capítulo séptimo que la igualación de costes no se produce en todas las condiciones que integran la relación laboral. Pusimos el ejemplo del coste organizativo del disfrute del permiso de maternidad que soporta la empresa de forma distinta para hombres y mujeres, resultando que éstas disfrutan de forma obligatoria del permiso de maternidad y de forma fáctica del resto de licencias, lo que las convierte en principales afectadas por las reacciones adversas que el empresario pueda tener.

Como señalamos también en ese capítulo séptimo la solución sería la igualación de costes económicos y organizativos que al empresario le supone contratar a hombres y mujeres, y esto sólo se hará si el hombre también de forma obligatoria disfruta de un permiso motivado por el nacimiento de un hijo.

En relación con la garantía que hemos considerado a largo plazo y que se traduce en las ayudas que el empresario percibe para contratar a mujeres, la flexibilidad y la rentabilidad deben ser los caballos de batalla de las Políticas de Empleo que diseñen los Estados miembros, especialmente la flexibilidad recíproca. Al estudiar la figura de la subvención, consideramos idóneo detenernos en los riesgos que estas ayudas conllevan y entre ellos citamos la posible sustitución de empleados y no la creación de empleo real, la ocupación de puestos de base por personal muy cualificado, el estímulo al empleo temporal, ya que en caso contrario al empresario no le interesará la ayuda, etc. En definitiva, la subvención al empresario constituye un mecanismo de estímulo a la creación de empleo que plantea reservas como ya señalamos, de ahí que propusieramos en el capítulo séptimo distinguir dos tipos de ayudas económicas directas al trabajador, una para las mujeres que se ausentan temporalmente del mercado de trabajo y otra para los hombres que opten por conciliar familia y trabajo.

Este último planteamiento es necesario porque la garantía de igualdad que supone el reconocimiento legal de la igualdad retributiva y en el resto de condiciones laborales, es insuficiente como también hemos demostrado en dicho capítulo, de ahí que precise ser completada por este otro tipo de estímulos que no redundan directamente en el peculio de la empresa.

5.- Por su parte en la Política de Salud Laboral, las conclusiones que hemos extraído se pueden resumir diciendo que la Directiva 92/85, principal norma estudiada en este capítulo, parte de la necesaria diferenciación entre la

protección de los aspectos puramente biológicos y los sociales, los primeros relacionados con la maternidad y los segundos relacionados con las responsabilidades familiares. Esta misma diferenciación es la que hemos encontrado en el Derecho Internacional.

Sin embargo a pesar de esta diferenciación, sólo los primeros han tenido protección, a excepción de la protección de la lactancia que como sabemos puede ser natural o artificial, proporcionada esta última indistintamente por padres y madres. Como señalamos en el capítulo octavo a pesar de que existe esa diferenciación, sólo las mujeres se contemplan como destinatarias de las medidas de protección de la salud.

Como también destacamos en dicho capítulo esta forma de regular la cuestión provoca que la parcela privada de las mujeres resulte ampliamente protegida si la comparamos con los hombres, tanto en los aspectos temporales como económicos relacionados con el embarazo y el parto. Además destacábamos el tratamiento que se le ha dado al trabajo nocturno de la mujer embarazada, que ha dado a luz o se encuentra en periodo de lactancia, en el sentido de no justificarse por razones objetivas su prohibición, si no existe un elemento de especial riesgo para ellas, el feto o el lactante, ya que ese exceso de protección las convierte en sujetos menos competitivos que los hombres, de ahí que se insista en la necesidad de su reforma.

En cuanto a los Programas comunitarios para proteger la salud laboral la conclusión a la que se llega después de su estudio es que precisan ser actualizados, ya que el hombre no es contemplado como destinatario de medidas de protección de esta salud laboral, no al menos en el sentido de las responsabilidades familiares que pueda tener. Esta conclusión es válida para todo el contenido de la Política de Salud que hemos analizado en el capítulo octavo, y ello porque las responsabilidades familiares que surgen a continuación del nacimiento del hijo no son tenidas en cuenta a los efectos de la protección de la salud laboral, la cual se puede ver especialmente perjudicada en aquellas personas que deben compatibilizar horarios de trabajo y cuidado de las familias.

En definitiva, lo que se propone es que basándonos en las diferencias que existen entre mujeres y hombres amplíemos el contenido de la Política de Salud, incluyendo además de la maternidad otras responsabilidades que surgen en paralelo o al margen de ésta, y que esto se realice mediante la delimitación de las situaciones que pueden afectar a los trabajadores, más allá del riesgo por embarazo, del parto o de la lactancia, como hasta ahora se ha hecho.

6.- Por último de la Política de Conciliación de los tiempos de atención a las responsabilidades profesionales y personales queremos destacar, además del escaso tratamiento internacional, que la conclusión más importante que hemos obtenido es la necesidad de articular los derechos de conciliación de forma individual, autónoma e intransferible como prevé la Directiva 96/34, lo

que supone crear derechos específicos para los hombres que se disfrutarían de forma obligatoria. Lo que planteamos en este trabajo es que el bien jurídico que suponen las responsabilidades familiares, más allá de la maternidad propiamente dicha, sea el tenido en cuenta para configurar un periodo mínimo de disfrute para los padres. Esta posibilidad se ha analizado ampliamente en el capítulo noveno cuando se han explicado las posibles interpretaciones del concepto de permiso parental que aparece en la Directiva 96/34/CEE.

Además como ya se ha apuntado en páginas previas, uno de los principales cambios que se exigen para que cualquier medida de conciliación de lo privado y público funcione, es el cambio del papel que hasta ahora han desempeñado los varones en el seno de la familia, lo que conlleva una mayor concienciación de todos al respecto, de la sociedad, de las instituciones, de los empresarios y de los propios varones, para que el miedo a las represalias de los empresarios por el disfrute de las medidas que se reconozcan desaparezca, lo que se conseguiría con derechos de uso obligatorio para hombres y mujeres por la causas previstas legal o convencionalmente.

También es cierto que el disfrute de estos derechos se debe hacer atendiendo al momento personal y profesional en el que se encuentre el individuo. Por ello, queremos insistir en que la distribución del tiempo de trabajo como aspecto que permite esa conciliación se puede traducir en varios tipos de medidas, que podrían configurarse como no excluyentes dependiendo del momento de la vida profesional del interesado, del momento personal por el que esté atravesando, y de la conveniencia o no de las mismas para las empresas.

No existen medidas legales que contribuyan a aminorar o disminuir las consecuencias negativas de la coincidencia en el tiempo de la formación de las familias y el acceso y permanencia en el empleo. Esta circunstancia afecta principalmente a las mujeres las cuales deben elegir entre constituir esas familias o consolidarse profesionalmente, esto sin embargo no afecta a los varones, o no al menos en la misma medida, ya que su progreso es lineal como ya ha tenido oportunidad de comprobarse, a medida que avanzan en el terreno profesional pueden avanzar en el familiar. Esto enlaza perfectamente con la mayoría de los motivos que se alegan por las mujeres cuando se les consulta sobre las razones de que abandonen, en caso de estar trabajando, el mercado de trabajo. Las respuestas suelen estar relacionadas con el cuidado de hijos u otros familiares, sin embargo son escasas las respuestas que en este sentido aportan los hombres.

Sólo si articulamos medidas para ambos se podrá crear un auténtico equilibrio entre vida personal y profesional, tanto para hombres como para mujeres. Y todo ello a pesar de la ausencia de armonización que puede existir en la materia por la soberanía estatal y partiendo, además, de la gran inversión pública que demanda la atención de las responsabilidades económicas, tanto en infraestructura como en ayudas directas a los ciudadanos.

7.- Como señalamos en el capítulo segundo con este estudio pretendíamos encontrar respuesta a dos preguntas básicas que formulábamos de la siguiente forma: ¿existe una respuesta legal válida a las dificultades existentes para la mujer que quiere trabajar dentro y fuera de casa? ¿Están planteándose estas respuestas atendiendo al individuo y a las necesidades de mujeres y hombres?

Ambas respuestas están íntimamente relacionadas y ambas además son negativas en la mayoría de los Estados miembros como podemos extraer de las conclusiones anteriores, salvo pocas excepciones.

8.- Además de lo anterior no podemos perder de vista que las políticas comunitarias que hemos analizado y que pretenden mejorar la posición de las mujeres y hombres que trabajan dentro y fuera de casa, deben considerarse como políticas globales e integradas, no como políticas individuales, cada una diseñada con objetivos aislados e independientes. Por el contrario, un planteamiento global de la materia permitirá mayores avances.

9.- Partiendo de las conclusiones de cada política estudiada queremos destacar que es necesario buscar un equilibrio entre el esfuerzo que pueden hacer las administraciones públicas y el que pueden hacer las empresas y las personas que trabajan en estas empresas. Esto ha sido puesto de manifiesto en el capítulo noveno de forma amplia, cuando explicamos los posibles conflictos que pueden surgir como consecuencia del establecimiento de relaciones laborales, conflictos que deben ser evitados o en todo caso reducidos para el buen funcionamiento del mercado laboral, pero también de la economía de un país que como hemos podido comprobar tiene un presencia protagonista en la materia analizada en este trabajo de investigación.

La enorme variedad de interpretaciones que se está haciendo de la desigualdad de género por parte de todos los sujetos que de forma directa o indirecta intervienen en las relaciones laborales (políticos, sindicatos, asociaciones de empresarios, empresarios y trabajadores) y tanto a nivel comunitario como nacional, está afectando a la propuesta de soluciones eficaces en esta materia. Se reconoce que existe un problema pero no se adoptan soluciones reales o al menos soluciones eficaces, ya que se parte de distintas interpretaciones del ordenamiento comunitario, el cual en muchas ocasiones peca de generalidad.

10.- También es cierto que nos encontramos ante una materia muy cambiante, lo que dificulta que se puedan adoptar las mismas medidas para todos los Estados, dependerá en gran medida del gasto social que el Estado en cuestión pueda soportar. Además por supuesto, de las diferencias que surgen por las características de la población a la que se destinan las medidas, edad media, posición social, zona geográfica de residencia, etc. Esto nos lleva a la conclusión de que la diversidad existente no sólo imposibilita la armonización sino que incluso dificulta la coordinación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en esta materia de especial importancia.

Asimismo esta necesidad de equilibrio en los esfuerzos y en las regulaciones legales de los Estados miembros se dificulta por la necesidad de encontrar el punto de equilibrio entre la abundante regulación de la materia que existe en algunos Estados miembros y la escasez de la misma que prima en otros.

11.- Desde el punto de vista de la metodología utilizada en este trabajo de investigación y que ha sido una de las aportaciones originales del mismo. Debemos reconocer la ayuda que nos ha proporcionado el estudio de los movimientos feministas, desde su origen hasta sus últimas manifestaciones más avanzadas y que se recogen en la postura del Feminismo de la Diferencia. Como señalamos en el capítulo segundo esta forma de interpretar la realidad, junto con el método jurídico tradicional que se debe utilizar en toda investigación jurídica, nos ha permitido observar y afrontar el problema de la igualdad entre hombres y mujeres como un problema que se extiende más allá de la protección de estas últimas, que es lo que hasta la fecha se ha hecho en la mayoría de los Estados miembros.

12.- Además de lo anterior y como también pusimos de manifiesto en dicho capítulo segundo, hemos intentado evitar el riesgo de exclusión que el planteamiento de la diferencia conlleva. Este riesgo se hubiera materializado si sólo hubieramos examinado la situación de las mujeres que quieren trabajar dentro y fuera del hogar familiar. Para evitar esto, hemos procurado atender en cada política a la posición que ocupa el hombre en cuanto individuo con el cual la mujer interactúa en su vida profesional y personal.

Esta forma de llevar a cabo la investigación no supone en ningún caso una ruptura total con la forma tradicional de estudiar la igualdad de trato entre mujeres y hombres, sino que supone continuar con el tratamiento tradicional de la igualdad pero ampliando su campo de actuación, introduciendo medidas aplicables a hombres y mujeres e intentando tener en cuenta las diferencias entre ambos.

Por tanto, podemos decir que la opción metodológica que hemos utilizado nos ha obligado a ampliar el colectivo destinatario del examen, aunque inicialmente se pensará sólo en el estudio de la realidad y de los problemas que tienen las mujeres para trabajar fuera del hogar. Después del examen de las políticas en las que hemos distribuido nuestro trabajo se comprueba que resulta imprescindible incluir en dicho examen a los hombres.

13.- Del interés económico de la materia que hemos estudiado ya hablamos al comienzo de esta investigación. Como ha señalado la Comisión europea la integración de la perspectiva de género en las políticas comunitarias permite realizar los objetivos de Lisboa que son objetivos económicos y sociales. Por tanto, este planteamiento también tiene un interés y un origen económico, como el que ya existía en el origen de la actual Unión Europea.

Porque se trata de una cuestión también económica además de social, es por lo que esta materia resulta abordada de esta forma desde el Derecho

comunitario, ya que la igualdad de trato es un elemento clave de las economías europeas. Las diferencias en la remuneración, la tasa de empleo y desempleo de mujeres y hombres, la utilización del empleo a tiempo parcial, la ocupación de puestos de dirección por las mujeres, etc., influye en el desarrollo de estas economías.

Este interés económico que ha presidido toda la investigación justifica aún más que se aplique correctamente la técnica del *mainstreaming*, especialmente en la fase de evaluación, ya que a partir de esta evaluación se fijarán las medidas a aplicar en las siguientes actuaciones comunitarias para proteger la igualdad de mujeres y hombres.

14.- También queremos poner de manifiesto la necesidad ya destacada de simplificación legislativa y también administrativa, especialmente para evitar confusiones a los sujetos que deban interpretar y aplicar las normas comunitarias. Actualmente existen 13 directivas sobre la materia y más de 200 sentencias del Tribunal de Justicia europeo sobre estas cuestiones, lo que resulta difícil de manejar a la hora de aplicar el Derecho. No obstante, esta situación también permite otra interpretación y es que las políticas de igualdad han ido madurando por su constante actualidad y sometimientos a cambios. De cualquier forma la simplificación legislativa se ha convertido en una necesidad de primera base para el buen entendimiento de la materia que analizamos.

15.- Otra de las recomendaciones que realizamos en este trabajo se refiere al lenguaje utilizado al hablar de Igualdad de Género. Los derechos o mejoras reconocidos, en general, se estructuran en sentido neutro desde el punto de vista terminológico, pero sin embargo indirectamente están siendo llamados a ser disfrutados por las mujeres por las menores pérdidas económicas que este disfrute conlleva, al ser ellas las que tienen inferiores salarios además de las principales usuarias del trabajo temporal.

Un ejemplo de esto que comentamos es el contenido de la propia Ley 39/1999 de conciliación de la vida familiar y laboral principalmente pensada para las mujeres, para que éstas atiendan las responsabilidades familiares pero sin que se fomente realmente el reparto de éstas a pesar de las declaraciones realizadas en la exposición de motivos de la Ley.

No podemos olvidar que el cuidado de la familia no es sólo un derecho sino un deber de las instituciones y de los propios individuos, con independencia del sexo del progenitor, lo que hace incomprensible que la propia ley olvide a los varones o en todo caso que les atribuya la titularidad derivada de determinados derechos, previa renuncia de las mujeres. Parece que la explicación posible a este comportamiento es la propia confusión del legislador europeo y del nacional a la hora de determinar qué quiere proteger.

16.- Junto con el lenguaje debemos destacar la necesidad de más información al ciudadano sobre todas las cuestiones que estamos destacando.

Existe aún poca información sobre esta materia, si bien los programas electorales, los partidos políticos, los interlocutores sociales, los medios de comunicación, etc., se están esforzando por hacer llegar esta materia a todos los ciudadanos; a pesar de ello lo cierto es que existen países con una escasa tradición en la regulación de los aspectos relacionados con la Igualdad de Género y con la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas que trabajan, a diferencia de otros países que hoy se toman como referencia como es el caso de los países nórdicos, Austria, o Alemania.

Estas son las conclusiones y las recomendaciones que hemos realizado a lo largo de este estudio. Partiendo de ellas pensamos que podrá mejorarse la situación de mujeres y hombres en lo privado y en lo público, y de esta forma acercarnos al equilibrio que hoy nos falta.

En resumen, entendemos que se debe proteger al sujeto dependiente y necesitado de cuidado pero también al responsable del cuidado, por eso no podemos proteger sólo el empleo de las mujeres, la salud de éstas o del recién nacido, el tiempo para el cuidado de este último. Por el contrario, debe protegerse todo esto y además hacerlo de una forma integral y global incluyendo a mujeres y hombres.

Las regulaciones nacionales actuales no lo han hecho todas de esta forma, un ejemplo básico lo encontramos en nuestra legislación, la cual adolece en la actualidad de defectos importantes, por ejemplo, no es una regulación universal que se conceda a todos los trabajadores, el servicio doméstico donde trabajan muchas mujeres está excluido al ser una relación laboral especial. Además es una regulación que presenta problemas de aplicación en la práctica, no sólo por la reticencia empresarial sino también por el escaso compromiso de los organismos públicos asistenciales y de Seguridad Social, donde prima el carácter contributivo de la prestación como tuvimos oportunidad de comprobar en el capítulo noveno al estudiar los requisitos previos que un trabajador/a debe cumplir para poder disfrutar de derechos retribuidos. Sin olvidar por supuesto los aspectos judiciales de las reclamaciones que se realicen que suponen una demora en el disfrute.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía

LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBROS

- ▶ **AA.VV.** *Los incentivos a la creación de empleo.* Informes de la OCDE. Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Madrid. 1984.
- ▶ **AA.VV.** *Mujer e Igualdad de oportunidades en el empleo.* Instituto de la Mujer Madrid.1989.
- ▶ **AA.VV.** *Guía Práctica para diagnosticar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas.* Instituto de la Mujer. Madrid. 1995.
- ▶ **AA.VV.** *El capital humano europeo en el umbral del siglo XXI.* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1995.
- ▶ **AA.VV.** *Maternidad y política de género. La mujer en los estados de bienestar europeos, 1880-1950.* Ediciones Cátedra. Universitat de Valencia e Instituto de la Mujer. Madrid. 1996.
- ▶ **AA.VV.** *La mujer en el mundo de hoy. Situación y Políticas de los Gobiernos.* Escuela Libre Editorial. Colección Solidaridad 10. Madrid. 1997.
- ▶ **AA.VV.** *Igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Instituto de la Mujer. Madrid.1997.
- ▶ **AA.VV.** *Nuevo Contrato Social Mujeres-Hombres: para compartir las responsabilidades familiares, el trabajo y el poder.* Federación de Mujeres Progresistas. Madrid.1997.

- ▶ **AA.VV.** *Hacia una igualdad de oportunidades*. Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de Extremadura. 1998.
- ▶ **AA.VV.** "Gastos de protección social de los países de la UE (% PIB)", en *Políticas sociales y Estado de Bienestar en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Fundación Hogar del Empleado. Editorial Trotta. 1999.
- ▶ **AA.VV.** *Trabajo y empleo: transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo en Europa*. Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- ▶ **AA.VV.** *Salud y Género: la salud de la mujer en el umbral del siglo XXI*. Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid. XIII Jornadas de Investigación Interdisciplinar. Madrid. 2001.
- ▶ **AA.VV.** *La igualdad de oportunidades: los discursos de las mujeres sobre avances, obstáculos y resistencias*. Editorial Icaria. Barcelona. 2003.
- ▶ **AA.VV.** *Permisos por maternidad retribuidos*. Oficina Internacional del Trabajo. <http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/new/index.htm> 8 de noviembre de 2005.
- ▶ **AA.VV.** *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*. Monografías de Temas Laborales. Sevilla. 2004.
- ▶ **ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.** *Sistema jurídico de la OIT y el Derecho Español*. Editorial Cedecs SL. Barcelona, 1997.
- ▶ **ALARCÓN CARACUEL, M.R.** "El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea" en CRUZ VILLALÓN, J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.
- ▶ **ALONSO GARCÍA, M.**
 - *El método jurídico y su aplicación al Derecho del Trabajo*. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1959.
 - *Curso de Derecho del Trabajo*, Barcelona, 1980.
- ▶ **ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M^a.E.** *Derecho del Trabajo*. Vigésima Edición. Madrid. 2002. Editorial Civitas.
- ▶ **ALTES TARREGA, J.A.** *El acoso sexual en el trabajo*. Tirant lo blanch. Valencia. 2002.
- ▶ **ANTOLÍN, L.** *Cooperación en salud con perspectiva de género*. Instituto de Salud Carlos III. Madrid. 1997.
- ▶ **ANTTONEN, A & SIPILÄ, J.** "Cinco regímenes de servicios sociales de atención". En AA.VV. *Unión Europea y Estado de Bienestar*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1997.

- ▶ **ARBER, S y GINN, S.** *Relación entre género y envejecimiento*. Ediciones Narcea. Madrid. 1996.
- ▶ **ARCE, J.C.** *El trabajo de las mujeres en el Derecho comunitario*. Tirant lo blanch, Valencia 1999.
- ▶ **ARROYO ZAPATERO, L.** *Delitos contra la hacienda pública en materia de subvenciones*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones. 1987.
- ▶ **ASTELARRA, J.** *Veinte años de Políticas de Igualdad*. Ediciones Cátedra. Instituto de la Mujer. Madrid. 2005.
- ▶ **ARGÜELLES BLANCO, A.R. MARTÍNEZ MORENO, C. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.**
 - *Igualdad de Oportunidades y responsabilidades familiares*. Colección Estudios del CES. Madrid. 2004.
 - *La protección de los intereses familiares en el ordenamiento laboral*. Tirant lo Blanch . Valencia. 1998.
- ▶ **ARRARANZ SAINZ, A.** *La gestión de subvenciones: perspectiva jurídica de su concesión y disfrute*. Tribuna Libros. 1996.
- ▶ **AYLWIN DE BARROS, N.** "El Análisis de las políticas sociales desde una perspectiva familiar". En la obra colectiva A.A.V.V. *Política de la Familia. Perspectivas jurídicas y de servicios sociales en diferentes países*. Universidad Pontificia Comillas. Centro de coordinación de la investigación de la FIUC, Madrid. 1993.
- ▶ **AZKARATE-ASKASUA ALBENIZ, A.C.** *Mujer y discriminación: del Tribunal de Justicia de las Comunidades al Tribunal Constitucional*. Colección Tesis Doctorales. IVAP. Bilbao. 1997.
- ▶ **BADENES GASSET, R.** *Metodología del derecho*. Bosch. Casa editorial. Barcelona, 1959.
- ▶ **BALBO, L.** *Making a European Quilt. Doing Gender in the European Social Sciences*. European University Institute. Florencia. Abril 2004.
- ▶ **BALLARÍN, P. EULER, C. LE FEUVRE, N Y RAEVAARA, E.** *Las mujeres en la Unión Europea*. <http://www.singeneroddedudas.com/publicaciones.php> de 5 de septiembre de 2005.
- ▶ **BALLESTER PASTOR, M.A.** *-Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*. Tirant lo blanch, Valencia, 1994.
- ▶ **BARAÑANO, M.** "Mujer, trabajo y salud" en la obra colectiva del mismo nombre. Editorial Trotta. Madrid. 1992.
- ▶ **BARBERIS, J.A.** *Los sujetos del derecho internacional actual*. Editorial Tecnos. Madrid. 1984.

- ▶ **BARRÉRE UNZUETA, M.A.** *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*. Civitas. Madrid. 1997.
- ▶ **BENAVENTE TORRES, M^a. I.** *El trabajo a tiempo parcial*. CES de Andalucía. Sevilla. 2005.
- ▶ **BERMEJO GARCÍA, R. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.** "Los derechos sociales en la Carta de Derechos Fundamentales", en HERRERO DE LA FUENTE A. *La Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea: una perspectiva pluridisciplinar*. Cuadernos del Instituto Rei Afonso Henriques de Cooperación Transfronteriza. Zamora. 2003.
- ▶ **BERNIS CARRO, C.** *Cambios globales en los estilos de vida y sus consecuencias sobre la salud reproductora*. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 1995.
- ▶ **BERNIS CARRO, C., LÓPEZ GIMÉNEZ, M.R., PRADO MARTÍNEZ, C. Y SEBASTIÁN HERRANZ, J.** *Salud y género. La salud de la mujer en el umbral del siglo XXI*. Instituto Universitario de Estudios de la Mujer. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. 2001.
- ▶ **BETTIO, F. et al.** "Género y flexibilidad en el empleo en la Unión Europea", en el libro ROSSILLI (coordinación) *Políticas de Género en la Unión Europea*. Narcea, Madrid, 2001.
- ▶ **BOIX, P.** *Esfuerzo físico y postural*. Comisiones Obreras. Gabinete de Salud Laboral. Madrid.1993.
- ▶ **BOTTOMLEY, A.** "Theory is a process not an end: a feminist approach to the practice of theory". En la obra colectiva RICHARDSON, J. & SANDLAND, J. *Feminist perspectives on Law & Theory*.
- ▶ **BUCHLER, J.** *El concepto de método*. Editorial Nova. Buenos Aires.1961.
- ▶ **BUENDÍA VIDAL, J.** *Estrés laboral y salud*. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid. 1998.
- ▶ **BUSTELO, M Y LOMBARDO, E.** *Mainstreaming de género y análisis de los diferentes marcos interpretativos de las políticas de igualdad en Europa: el proyecto MAGEEQ*. En www.mageeq.net. 14 de noviembre de 2005.
- ▶ **CABALLERO BELLIDO, M.** "Políticas empresariales de conciliación de la vida familiar y laboral: buenas prácticas". *Emakunde. Bloque temático 7. Tema 7.4*. Gobierno Vasco y Fondo Social Europeo. Infopolis. 2000. Universidad del País Vasco. www.ehu.es.
- ▶ **CALATAYUD BECERRA, I.** *Construyendo empresas desde la igualdad de oportunidades: una propuesta de diversificación*. Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla. 2005.

▶ **CALVO GARCÍA, M.**

– *Interpretación y argumentación jurídica*. Trabajos del Seminario de Metodología jurídica, Volumen I. Prensas Universitarias de Zaragoza. 1995.

– *Los fundamentos del método jurídico: una visión crítica*. Editorial Tecnos. Madrid. 1994.

▶ **CAMAS RODAS, F.** "¿Cómo vincular la lucha por la igualdad con la lucha por la salud en el trabajo? Un debate indispensable para el movimiento sindical en Europa", en *La normativa internacional y comunitaria de seguridad y salud en el trabajo*. Tirant lo blanch. Valencia 2003.

▶ **CAMPOY MARTIN, M. R.** "Salud y trabajo nocturno" en la obra colectiva *Mujer, trabajo y salud*. BARAÑANO M. (coordinadora). Editorial Trotta. Madrid. 1992.

▶ **CARDONA RUBERT, M^a.B.** *Protección a la trabajadora embarazada: tutela preventiva y tutela antidiscriminatoria*. Aranzadi. Navarra. 2002.

▶ **CARRASCO, C., MAYODORMO, M., DOMÍNGUEZ, M., ALABART, A.** *Trabajo con mirada de Mujer*. Colección Estudios del CES. Madrid. 2004.

▶ **CARRILLO SALCEDO, J.A.** "Soberanía de los Estados, Organizaciones Internacionales y Derecho Internacional" en la obra colectiva en homenaje a Francisco Murillo Ferrol, *Política y Sociedad*. Volúmen I. Centro de Investigaciones sociológicas. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1987.

▶ **CARUSO, B.** "La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato". En CRUZ VILLALÓN J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.

▶ **CASAS BAAMONDE, M^a.E.** "Reflexión breve sobre las preocupaciones y corrientes metodológicas en el Derecho del Trabajo de la crisis". En *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Sección de publicaciones. Madrid. 1984.

▶ **COLINA RAMÍREZ, J.M. Y SALA FRANCO, T.** *Derecho Social Comunitari*. 2^a edición. Madrid. 1995.

▶ **COMISIÓN EUROPEA.**

– *Manual sobre igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea*. Dirección General de Empleo. Relaciones Laborales y Asuntos Sociales. Luxemburgo. Oficina de Publicaciones oficiales de las Comunidades europeas. 1999.

– *Magazine of the Medium-term Community action Programme on Equal Opportunities for Women and Men (1996-2000)*. nº 10. Office for Official Publications of the European Communities.

Luxemburgo. 2001. http://www.europea.eu.int/comm/employment_social/equ_opp/index_en.htm de 23 de agosto de 2005.

- *The Social Situación in the European Union*, 2000. Eurostat. Higbligting pay differentials between women and men". Swedihs Presidency Study. 2000. Oficina de publicaciones de la Comisión Europea. <http://www.europa.eu.int/comm>. 23 de agosto de 2005.

- ▶ **COMISIONES OBRERAS.** *Salud laboral: diferencia de género*. Madrid. 2001.
- ▶ **CONSEJO DE EUROPA.** *Mainstreaming de género. Marco conceptual, metodología y presentación de buenas prácticas*. Informe final de las actividades del Grupo de especialistas en mainstreaming (EG-S-MS). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Serie documentos nº 28. Madrid. 1999.
- ▶ **CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA.**
 - *La emancipación de los jóvenes y la situación de la vivienda en España*. Informe del CES. Colección de Estudios. Informe 3/2002.
 - *Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2003*. Aprobada en el Pleno de 31 de mayo de 2004.
- ▶ **CORREA CARRASCO, M.** *Método, Función y Estructura del Derecho Social en España*. Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado. Madrid. 2001.
- ▶ **CRESPO, S.** "La promoción de la igualdad de oportunidades de la mujer en el marco de las políticas sociales española y comunitaria". En AA. VV. *Mujer e Igualdad de oportunidades en el empleo*. Instituto de la Mujer. Madrid. 1989.
- ▶ **CRUZ VILLALÓN, J.** "Los intersticios de penetración de la prohibición en el derecho comunitario". En CRUZ VILLALÓN J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.
- ▶ **CURELL COTOR, J.** "La política sobre igualdad de trato de la Comunidad Europea". En CRUZ VILLALÓN, J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.
- ▶ **CHICAGO JÁVEGA, E.** "Análisis y evaluación de las políticas de igualdad en el Estado Social y Democrático de Derecho: Marco constitucional y estatutario". Conferencia impartida en el *Congreso Internacional sobre Género, Constitución y Estatutos de Autonomía*. Madrid, 4 y 5 de abril de 2005. <http://www.mtas.es>. 15 de octubre de 2005.
- ▶ **DALACOURT, N.L.** *Las mujeres en la Comunidad Económica Europea*. Instituto de la Mujer. Madrid. 1994.
- ▶ **DEMA MORENO, S.** *A la igualdad por la desigualdad: la acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres*. Colección Alternativas. Universidad de Oviedo. Ediciones KRK. Oviedo. 2000.

- ▶ **DE LA VIEJA DE LA TORRE, M.T.** "Ética de la diferencia, Política de la Igualdad". En A.A.V.V. *Feminismo del pasado al presente*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca. 2000.
- ▶ **DE SCHUTTER, O.** *Discriminations et marché du travail: liberté et égalité dans les rapports d'emploi*. Presses Interuniversitaires Européennes. Bruselas. 2001.
- ▶ **DELPHY, C.** "The European Union and the Future of Feminism. en la obra colectiva AA.VV. *Sexual Politics and the European Union*. Editorial Bregan books. USA.1996.
- ▶ **DOMÍNGUEZ ALCON, C.**
 - Prólogo del libro *Políticas de género en la Unión Europea*. ROSSILLI M. (coord). Narcea. Madrid. 2001.
 - *Construyendo el equilibrio. Mujeres, trabajo y calidad de vida*. Instituto de la Mujer. Madrid. 2001.
- ▶ **DURÁN LÓPEZ, F.** "La igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976". En AA.VV *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo* (Estudios en homenaje al profesor Alonso Olea). Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1990.
- ▶ **DURÁN, M.A., SIERRA YOLDI, I., y TORADA, R.** *Uso del tiempo, inmigración y salud laboral: nuevos temas sobre mujer y ocupación*. Editorial Germania. Alzira. 2001.
- ▶ **ELÓSEGUI ITXASO, M.**
 - *El Derecho a la igualdad y a la diferencia. El republicanismo intercultural desde la filosofía del derecho*". Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. nº 54. Madrid. 1998.
 - Actas de las Jornadas Instituto Andaluz de la Mujer. Consejería de la Presidencia. Sevilla. 2000. Anexo 3.
- ▶ **ESCOBAR, G.** *Derechos de la mujer. II Informe sobre los derechos humanos*. Editorial Trama. Madrid. 2004.
- ▶ **EYDOUX, A** "Different forms of work". En AA.VV. *Women and work: Report on existing research in the European Union*. European Commission. Septiembre de 1997.
- ▶ **FACIO, A.** *Cuando el género suena cambios trae. Metodología para el análisis de género del fenómeno legal*. ILANUD. Madrid. 1992.
- ▶ **FELIX VILLAR, M.** "Salud laboral y condiciones de trabajo". En el libro *Mujer, trabajo y salud*. BARAÑANO M. (coordinadora). Editorial Trotta. Madrid. 1992.

- ▶ **FERBER, M. y NELSON, J.** *Más allá del hombre económico. Economía y Teoría Feminista*. Ediciones Cátedra. Madrid. 2004.
- ▶ **FERNÁNDEZ FARRERES, F.** *La subvención: concepto y régimen jurídico*. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 1983.
- ▶ **FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.** "La aplicación de la Directiva 75/117 en España". En CRUZ VILLALÓN J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.
- ▶ **FERNÁNDEZ VÁZQUEZ, X.** *Educación e igualdad de oportunidades entre sexos*. Editorial Horsori Barcelona. 2003.
- ▶ **FERRADANS CARAMES, C.** *El contrato de trabajo a tiempo parcial: difícil equilibrio entre flexibilidad y seguridad*. Aranzadi, Pamplona, 2006.
- ▶ **FERRAJOLI, L.** Traducido por IBAÑEZ A. y GREPPI A. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta. Madrid. 1999.
- ▶ **FERRARI, I.** "Políticas de cuidado a personas en la Unión Europea para facilitar la conciliación entre la vida laboral y familiar". En *La natalidad en España: situación y estrategias socioeconómicas*. Ministerio de la Presidencia. Madrid. 2003.
- ▶ **FERRÉ OLIVÉ, J.C.** *Delitos financieros, fraude y corrupción en Europa*. Cuatro volúmenes. Universidad de Salamanca. 2002.
- ▶ **FIX ZAMUDIO, H.** *Metodología, docencia e investigación jurídicas*. Editorial Porrúa. México. 1988.
- ▶ **FLAQUER, L.** *Las políticas familiares en una perspectiva comparada*. Colección de Estudios Sociales. Fundación la Caixa. Barcelona. 2000.
- ▶ **GADEA, R.** *Locales de trabajo: edificios, instalaciones y servicios*. Comisiones Obreras. Gabinete de Salud Laboral. Madrid. 1994.
- ▶ **FUNDACIÓN EUROPEA PARA LA MEJORA DE LAS CONDICIONES DE VIDA Y TRABAJO**
 - *Preferencias en cuanto al tiempo de trabajo en las distintas etapas de la vida*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 2001. <http://www.europa.eu.int/comm>. 15 de noviembre 2005.
 - *Combinar familia y trabajo: el reparto del trabajo entre hombres y mujeres*. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 2001. <http://www.europa.eu.int/comm>. 15 de noviembre 2005.
- ▶ **GAETA, L. Y ZOPPOLI, L.** *Il diritto diseguale. La legge sulle azioni positivé, Giappicyhelli*. Torino. 1992.

- ▶ **GAMERO BRUN, C.** "Realidades ocultas del feminismo". En Crónica de las Jornadas sobre "*El Feminismo ante el nuevo milenio*", celebradas durante los días 10, 11 y 12 de julio de 1997 en la Universidad de Cádiz. Publicada en Monografías Universitarias de San Roque. Universidad de Cádiz. 1998.
- ▶ **GARCÉS DE LOS FAYOS RUIZ, E. Y NIETO GARCÍA, G.** *Estrés profesional y salud laboral*. Picking Pack Service Point. Murcia. 1997.
- ▶ **GARCÍA COLMENARES, C., PULEO GARCÍA, A. Y CARRANZA AGUILAR, M.E.** *El trabajo y la salud de las mujeres: reflexiones para una sociedad en cambio*. Ediciones Cálamo. 2002.
- ▶ **GARCÍA DIEZ, S.** *Análisis socioeconómico de la estructura productiva de los hogares*. Colección de estudios del CES. Madrid. 2003.
- ▶ **GARCÍA DIEZ, J.** "Mujer y Economía". En FLECHA ANDRÉS, J.R. y GARCÍA NICOLÁS, C. *Mujer e igualdad de oportunidades*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca 2004.
- ▶ **GARCÍA NICOLÁS, C.** "Igualdad de oportunidades en la Unión Europea y en España". En FLECHA ANDRÉS J.R y GARCÍA NICOLÁS C. *Mujer e igualdad de oportunidades*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca 2004.
- ▶ **GARCÍA OJEDA, P. y OTEGUI, R.** "A propósito de la salud de las mujeres y la complejidad social". En AA.VV. *Las Políticas públicas en favor de las mujeres: de la teoría a la práctica*. Instituto de Investigaciones Feministas de la Universidad Complutense de Madrid. Asociación cultural Al-Mudayna. Madrid. 2000.
- ▶ **GARCÍA PÉREZ, M.C.** "El papel cuidador de la mujer a mayores y niños". En FLECHA ANDRÉS J.R. y GARCÍA NICOLÁS C. *Mujer e igualdad de oportunidades*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia de Salamanca. Salamanca 2004.
- ▶ **GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.** *Los procedimientos comunitarios de control de ayudas de Estado*. Cuadernos de Civitas. Madrid. 2002.
- ▶ **GARRIDO, L.** *Las dos biografías de la mujer en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer. Madrid. 1993.
- ▶ **GARRIDO GÓMEZ, M.I.** *La política social de la familia en la Unión Europea*. Dykinson. Madrid. 2000.
- ▶ **GARRIGUES JIMÉNEZ, A.** *La maternidad y su consideración jurídico-laboral y de seguridad social*. Colección de Estudios del CES. Madrid. 2004.
- ▶ **GATENS, M.** *Feminism and Philosophy. Perspectives on Difference an Equality*. Polity Press. Indiana Universidad Press 1991. <http://www.cddc.vt.edu/feminism/phi.html>. 30 de septiembre de 2005.

- ▶ **GÉNY, F.** *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo.* Estudio Preliminar sobre el pensamiento científico jurídico de Gény a cargo de MONEREO PÉREZ J.L. Editorial Comares. Granada, 2000.
- ▶ **GÓMEZ RIVERO, M.C.** *El fraude de subvenciones.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1996.
- ▶ **GONZÁLEZ DE CHÁVEZ, M.A.** *Familia: maternidad, paternidad.* Ayuntamiento de Alcalá de Henares. 1995.
- ▶ **GÓNZALEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.** *El contrato a tiempo parcial.* Aranzadi. Pamplona, 1998.
- ▶ **GONZÁLEZ GARCÍA, A.** *Estrés. Comisiones Obreras. Gabinete de Salud Laboral.* Madrid. 1993.
- ▶ **GÓNZALEZ ORTEGA, S.** *et al. Derecho del Trabajo de la Empresa.* Editorial Colex. Madrid. 2001.
- ▶ **GONZALO MUÑOZ, C. y MUÑOZ GONZALO, A.** *Igualdad de oportunidades socio-profesionales.* Instituto de Educación Secundaria Eijo y Garay. Madrid. 2002.
- ▶ **GONZALO VALGANÓN, A.** *El Derecho Comunitario y las Mujeres.* Instituto de la Mujer. Madrid. 1993.
- ▶ **GPI CONSULTORES.** *Informe sobre la Conciliación de la vida familiar y laboral: situación actual, necesidades y demandas.* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Abril 2005. <http://www.mtas.es> 10 de octubre de 2005.
- ▶ **HERNÁNDEZ GIL, A.** *Metodología de la Ciencia del Derecho.* Obras completas, Tomo V. Ediciones Espasa Calpe, Madrid, 1987.
- ▶ **HOSKYNS, C.** *Integratin Gender.* 1996. London.
- ▶ **HOSKYNS, C.** "Cuatro programas de acción sobre igualdad de oportunidades". En ROSSILLI M. *Políticas de Género en la Unión Europea.* Narcea. Madrid. 2001.
- ▶ **ILLESCAS ORTIZ, R.** "Una Unión al servicio del ciudadano". En OREJA AGUIRRE (coord.), *"El Tratado de la Amsterdam de la Unión Europea. Análisis y comentarios"*. Madrid. 1988.
- ▶ **INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD E HIGIENE EN EL TRABAJO.** *El trabajo y tu salud.* Madrid. 2005.
- ▶ **IZQUIERDO, M. J.** *Sin vuelta de hoja: sexismo, placer y trabajo.* Editorial Bellaterra. Barcelona. 2001.
- ▶ **IZQUIERDO, J.** *et al. La desigualdad de las mujeres en el uso del tiempo.* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1988.

- ▶ **JENKS, C.W.** *La justicia social en el derecho de las naciones. El impacto de la OIT después de cincuenta años.* Editorial Tecnos. Madrid. 1972.
- ▶ **JIMÉNEZ GLUCK, D.** *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- ▶ **JIMÉNEZ GLUCK, D.** *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa.* Tirant lo Blanch. Valencia. 1999.
- ▶ **KAUFMANN, F.** *Metodología de las Ciencias Sociales.* Traducción al Español. México. 1946.
- ▶ **KIERNAN, K.E.** "El papel del hombre y de la mujer en la futura Europa". En AA.VV. *El capital humano europeo en el umbral del siglo XXI.* Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1995.
- ▶ **KOHEN, B.** "El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual". En el libro AA.VV. *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho.* Editorial Biblos. CEADEL. Buenos Aires. 2000.
- ▶ **LAURETIS, T.** *Diferencias: etapas de un camino a través del feminismo.* Cuadernos inacabados, Madrid, 2000.
- ▶ **LAGARDE, M.** *Género y Feminismo. Desarrollo Humano y Democracia.* Colección de Cuadernos inacabados nº 25. Editorial horas y HORAS. Madrid. 1997.
- ▶ **LÓPEZ HERNÁNDEZ, M.T.** "La mujer y el mundo del trabajo". En la obra colectiva *Desigualdad Social y relaciones de trabajo.* Universidad de Salamanca. 2004.
- ▶ **LÓPEZ-JURADO ROMERO DE LA CRUZ, C.** *El control jurisdiccional de la actitud comunitaria en materia de "dumping" y de subvención.* Universidad de Granada. Consejería de la Presidencia de la Junta de Andalucía. Sevilla. 1993.
- ▶ **LÓPEZ LÓPEZ, M.T. y VALIÑO CASTRO, A.** *Conciliación familiar y laboral en la Unión Europea. Valoración de Políticas Públicas.* CES. Colección de Estudios. Madrid. 2004.
- ▶ **LLACUNA MORERA, J.** *La seguridad y la salud laboral como materia de enseñanza transversal.* Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo. Madrid. 1998.
- ▶ **MACKINNON C.**
 - *Feminism Unmodified: Discourses on life and law.* Boston. Harvard University Press. 1987.
 - *Hacia una Tª feminista del Estado.* Instituto de la mujer. Cátedra 1995.

- “Radical Feminism and the critiques of essentialism”. En la obra colectiva BARNETT. H. *Introduction to feminist jurisprudence*. Cavendish Publishing Limited. London 1998.

▶ **MANAGEMENT & RESEARCH**

- *Emprender en Femenino: Estudio del perfil de la mujer emprendedora en Andalucía*. Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa. Junta de Andalucía. Sevilla. 2004.

- *Estudio sobre El acceso de la mujer andaluza a puestos directivos en el ámbito de la Economía Social. ¿Apariencia de Igualdad?*. En prensa.

▶ **MARIÑO MENÉNDEZ, F.M.** *La protección internacional de los derechos de la mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995*. Universidad Carlos III de Madrid. 1996.

▶ **MARION YOUNG, I.** *La justicia y la política de la diferencia*, Ediciones Cátedra, Universitat de Valencia. Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

▶ **MARTIN RHODES, S.** “El Futuro de la Dimensión Social Europea”. En AA.VV. *Unión Europea y Estado de Bienestar*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1997.

▶ **MARTÍN URRIZA, C. y ZARAPUZ PUERTAS, L.** *Empleo y la discriminación salarial: un análisis desde la perspectiva de género*. Madrid, 2000.

▶ **MARTÍN VALVERDE, A.** et al. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid. 2005

▶ **MÉDA, D.** *El Tiempo de las mujeres. Conciliación entre la vida familiar y profesional de hombres y mujeres*. Editorial Narcea. Madrid. 2002.

▶ **MENDIZÁBAL, G. y ORTIZ DE PINEDO, E.** *Del discurso de igualdad a los planes de igualdad de oportunidades*. Colección Sociología de las relaciones de género. Madrid. Instituto de la Mujer. 1996.

▶ **MERINO SENOVILLA, H.** *Trabajo a tiempo parcial: un tratamiento diferente del tiempo de trabajo*. Editorial Lex Nova. 1994.

▶ **MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES.**

- Informe presentado por España a la IV Conferencia Mundial sobre las Mujeres, Beijing, 1995. *Las españolas en el umbral del siglo XXI*. Instituto de la Mujer, Serie documentos nº 16. Madrid. 1994.

- *Cuarto Programa de acción comunitario para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (1996-2000)*. Instituto de la Mujer. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie documentos nº 20. Madrid. 1996.

- ▶ **MIÑARRO YANINI, M.** *La prevención de riesgos laborales en la contratación temporal, empresas de trabajo temporal y contratas y subcontratas*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Madrid. 2002.
- ▶ **MOLINA GARCÍA M.** *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*. En Tirant on-line. www.tirantonline.com 23 de noviembre de 2005.
- ▶ **MORALES ORTEGA, J.M.** *La comunitarización del empleo: su recepción por parte del Reino de España*. Monografías Temas Laborales. CARL. Sevilla. 2003.
- ▶ **MONTOYA MELGAR, A.** *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid. 2001.
- ▶ **MONTOYA MELGAR, A. PIZÁ GRANADOS, J.** *Curso de Seguridad y Salud en el trabajo*. Mc-Graw-Hill. 1996. Madrid.
- ▶ **MORENO, L.** *Bienestar mediterráneo y supermujeres*. Unidad de Políticas Comparadas (CSIC) Documento de Trabajo 03-09. Agosto de 2003 <http://www.iesam.csic.es/doctrab2/dt.0309pdf>. de 1 de diciembre de 2005.
- ▶ **MORENO GENÉ, J. y ROMERO BURILLO, A.M.** *Maternidad y Salud Laboral, la protección de la salud laboral de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia*. Tirant lo blanch. Valencia. 2000.
- ▶ **NAVARRO NIETO, J.** *El tratamiento de la política de empleo en la Unión Europea*. Consejo Económico y Social. Madrid. 2000.
- ▶ **NICHOLSON, J.** *Hombres y mujeres: ¿hasta qué punto son diferentes?*. Editorial Ariel. Barcelona. 1987.
- ▶ **NOGADERA CUIXART, S. y NOGADERA CUIXART, C.** Ficha técnica NTP 413 publicada en la página web: www.mtas.es/insht/index.htm. 7 de octubre de 2003.
- ▶ **OCDE** (Organización de Cooperación y Desarrollo Económico). *Políticas para ayudar a los parados de larga duración*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1993.
- ▶ **OLMEDO, C.** Conferencia Inaugural de las jornadas sobre “*El Feminismo ante el nuevo milenio*”, celebradas durante los días 10, 11 y 12 de julio de 1997 en la Universidad de Cádiz. Actas de Jornadas.
- ▶ **ORDÓÑEZ SOLÍS, D.** *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho europeo*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 1999.
- ▶ **OSORO, C.** “Avances normativos en materia de igualdad de oportunidades”. *Actas de Jornadas sobre los 20 años de las Secretarías de la Mujer de Comisiones Obreras*. Madrid. 1999.

- ▶ **PABLOS ESCOBAR, L.** *Desigualdad laboral desde la perspectiva de género*. Universidad Complutense de Madrid. 2001.
- ▶ **PALOMEQUE LÓPEZ, M.C. y ALVAREZ DE LA ROSA, M.** *Derecho del Trabajo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. Madrid. 1998.
- ▶ **PARAMIO, L.** "Lo que todo marxista vulgar debe saber sobre feminismo". En la obra colectiva *Nuevas perspectiva sobre la mujer*. Actas de las Primeras Jornadas de Investigación Interdisciplinaria. Volumen II. Seminario de Estudios de la Mujer de la Universidad Autónoma de Madrid. 1982.
- ▶ **PATERNA, C y MARTÍNEZ, C.** *La maternidad hoy: claves y encrucijada*. Minerva Ediciones. Madrid. 2005.
- ▶ **PENDAS DÍAZ, B.** *La prevención en el marco jurídico comunitario: riesgos comunes y profesionales*. ACARL. 1992.
- ▶ **PÉREZ ALENCART, A.** *El Derecho comunitario de la seguridad y la salud en el trabajo*. Editorial Tecnos. Madrid. 1993.
- ▶ **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.** *El Derecho social comunitario en el Tratado de la Unión Europea*. Madrid. 1994.
- ▶ **PÉREZ DEL RÍO, T.** "Normativa en materia de salud laboral: presente y futuro de la normativa española de seguridad e higiene en el trabajo". En la obra colectiva *Mujer, trabajo y salud*. BARAÑANO M. (coordinadora). Editorial Trotta. Madrid. 1992.
- ▶ **PRET-NGUY N, H.T.** "La mujer en la normativa de la OIT", en *Igualdad y protección de la mujer en el trabajo (Convenios y Recomendaciones de la OIT)*. MTAS. Madrid, 1990.
- ▶ **PUERTA DOMÍNGUEZ, E.M.** *La Directiva comunitaria como norma aplicable en derecho*. Editorial Comares, Granada 1999.
- ▶ **QUESADA SEGURA, R.**
 - "Igualdad de trato conforme al Derecho Comunitario". En *Derecho Social Comunitario y Derecho del Trabajo*. Libro coordinado por GARCÍA MURCIA J. Universidad de Oviedo. Gobierno del Principado de Asturias. 2004.
 - (Coordinadora). *La Constitución Europea y las Relaciones Laborales*. Libro de las XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Monografías del CARL, Sevilla, 2004.
- ▶ **QUINTANILLA NAVARRO, B.** *Discriminación retributiva: diferencias salariales por razón de sexo*. Marcial Pons. Madrid. 1996.

▶ **RAMOS DÍAZ, J.**

- “Empleo precario en España”. En la obra colectiva NAVARRO V .*El Estado de Bienestar en España*. Tecnos 2004.
- Conferencia inaugural de las XXIV Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, bajo el título “25 años de estatuto de los trabajadores: balance y perspectiva para un nuevo estatuto”. Huelva, 17 y 18 de noviembre de 2005.

▶ **RANDSTAD**. *Informe sobre Calidad del Trabajo en la Europa de los Quince: Las Políticas de Conciliación*. Elaborado por el Instituto de Estudios Laborales (IEL) ESADE-Randstad.

▶ **REGUERO CELADA, J.** “La igualdad de trato desde la Estrategia Europea de Empleo (Una perspectiva globalizadora)”. En MARTÍNEZ GALLEGO E y REGUERO CELADA J (Coordinadores). *Mujer y Empleo: Una estrategia para la igualdad*. Editorial Comares. Granada. 2004.

▶ **RODRÍGUEZ CABRERO, G.** “Por un nuevo contrato social: el desarrollo de la reforma social en el ámbito de la Unión Europea”. En AA.VV. *Unión Europea y Estado de Bienestar*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1997.

▶ **RODRIGUEZ MOLINERO, M.** *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica*, en Memoria y Homenaje al Catedrático Don Luis Legaz y Lacambra (1906-1980). Tomo II. Centro de Estudios Constitucionales. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Madrid. 1985.

▶ **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.** *Igualdad y discriminación*. Temas Clave de la Constitución Española. Editorial Tecnos. Madrid. 1996.

▶ **RODRÍGUEZ PIÑERO ROYO, M.** “Los aspectos sociales del Tratado de Ámsterdam”, en *Euro y Empleo*. CES, Madrid, 1998.

▶ **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y CALVO GALLEGO, F.J.** *Las horas complementarias y su pacto en el contrato a tiempo parcial*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

▶ **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. y PÉREZ GUERRERO, M^a. L.** “La seguridad y salud de los trabajadores puestos a disposición”, en FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. *Diez años desde la regulación de las empresas de trabajo temporal*. Mergablum, Madrid, 2004.

▶ **ROSALÉS, S.E.** *El vínculo entre mujer, economía y pobreza*. Colección de Cuadernos de desarrollo humano sostenible nº 20. Naciones Unidas, 2003.

▶ **ROSALES NAVAS R.M.**

– *Género y salud reproductiva, la influencia de las cargas de trabajo productivas y reproductivas en la salud de las mujeres*. Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona. 1999.

– *Trabajo, salud y sexualidad: las cargas de trabajo laborales y reproductivas en la salud de las mujeres*. Editorial Icaria. Barcelona. 2002.

▶ **ROSSILLI, M.** “Políticas de Género en la Unión Europea” en el libro del mismo nombre. Narcea. Madrid. 2001.

▶ **RUIZ, A.** “La construcción jurídica de la subjetividad no es ajena a las mujeres”. En *El Derecho en el Género y el Género en el Derecho*. Editorial Biblos. CEADEL. Buenos Aires. 2000.

▶ **SÁEZ LARA, C.** *Mujeres y Mercado de trabajo: las discriminaciones directas e indirectas*. CES. Madrid. 1994.

▶ **SÁNCHEZ LÓPEZ, M.B.** *Política comunitaria contra las discriminaciones de la mujer en el trabajo*. Editorial Aranzadi. Navarra. 2003.

▶ **SANCHO CUESTA, J.** *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1993.

▶ **SENDEN, L.** “La igualdad salarial en la Legislación Comunitaria”. En CRUZ VILLALÓN J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.

▶ **SENISE BARRIO, M.E.** *El trabajo a tiempo parcial como instrumento de creación de empleo*. Tecnos, Madrid, 2001.

▶ **SERRANO FUSTER, I.** “Condiciones de trabajo y reproducción”. En. BARAÑANO M. (coordinadora). *Mujer, trabajo y salud*. Editorial Trotta. Madrid. 1992.

▶ **SESMA SÁNCHEZ, B.** *Las subvenciones públicas*. Lex Nova. 1998.

▶ **SIERRA HERNAIZ, E.** *Acción positiva y empleo de la mujer*. CES. Madrid. 1999.

▶ **SIERRA BRAVO, R.** *Ciencias sociales. Epistemología, Lógica y Metodología*. Paraninfo. Madrid. 1984.

▶ **SOMMERMANN, K.** “El desarrollo de los derechos humanos desde la Declaración Universal de 1948”. En PÉREZ LUÑO A.E. *Derechos humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*. Marcial Pons. Madrid. 1996.

▶ **STAFF WILSON, M.** *Mujer y Derechos Humanos*. KO'AGA ROÑE' ETA SE.VIII (1998), <http://www.derechos.org/koaga/viii/staff.html>. 20 de enero de 2003.

- ▶ **SUÁREZ LLANOS, M.L.** *Teoría Feminista, Política, y Derecho*. Dykinson. 2002.
- ▶ **SZYSZCZAK, E.** "La significación y alcance de la directiva sobre protección de la maternidad". En CRUZ VILLALÓN J (coord) *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Editorial Aranzadi. Pamplona 1997.
- ▶ **TERRÓN SANTOS, D.** "La igualdad de derechos de la mujer: límites a la discriminación positiva de las mujeres en el derecho (nacional y comunitario)". En MARTÍNEZ GALLEGO E y REGUERO CELADA J (Coordinadores). *Mujer y Empleo: Una estrategia para la igualdad*. Editorial Comares. Granada. 2004.
- ▶ **TORNS, T.** "El tiempo de trabajo de las mujeres: entre la invisibilidad y la necesidad". En CARRASCO C. *Tiempos, trabajos y género*. Publicaciones de la Universidad de Barcelona. Barcelona. 2001.
- ▶ **TORRENTE GARI, S.** *La Mujer y la Protección Social*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Colección de Seguridad Social. Madrid. 1999. Págs. 23-40.
- ▶ **VALCÁRCEL, A.**
 - *La Política de las mujeres*. Ediciones Cátedra. Instituto de la Mujer. Madrid. 1997.
 - *Sexo y filosofía: sobre mujer y poder*. Editorial Anthropos. Barcelona 1991.
- ▶ **VALLET DE GOYTISOLO, J.B.** *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*. Editorial Montecorvo. S.A. Madrid, 1982.
- ▶ **VERNENGO, R. J.** *Curso de Teoría General del Derecho*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1988.
- ▶ **VIDA SORIA, J.** *La Carta Social Europea en la perspectiva de la Europa del año 2000*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid. 1989.
- ▶ **VINA, Y P.** "From informal flexibility the new organization of time". En AA.VV *Women of the European Union. The politics of work and daily life*. Editorial Routledge. London and New York. 1996.
- ▶ **WILTHAGEN, T. & ROGOWSK, R.** "Legal regulation of transitional labour markets", en SCHIMIFT, G & GAZIER, . (eds) *The dynamics of full employment: social integration through transitional labour markets*. Elgar, Cheltenham, 2002.

ARTÍCULOS DE REVISTAS

- ▶ **AA.VV.** "Enfoque femenino para explicar el empleo de las mujeres." *Boletín de Información Sociolaboral Internacional* nº 77. 2001. Págs. 15-23.
- ▶ **AA.VV.** "Empleo femenino, natalidad y labores maternas: comparación europea". *Boletín de Información Sociolaboral Internacional*. nº 75. 2001. Págs. 55-59.
- ▶ **AA.VV.** "Las mujeres y los hombres concilian trabajo y vida familiar". *Boletín de Información sociolaboral*. nº 86. 2002. Págs. 19-31.
- ▶ **AGUILERA IZQUIERDO, R.** "El Protocolo adicional a la Carta Social Europea, 1988". *Actualidad Laboral* ref. FL8. 2000. Págs. 10-18.
- ▶ **AGUINAGA ROUSTAN, J.** "Igualdad y vida cotidiana: pero ¿qué quieren las mujeres?" *Cuadernos de las Familias Democráticas* nº 27. 1999. Págs. 1-19.
- ▶ **ALBERDI, I.** "El significado del género en las ciencias sociales" *Revista de Política y Sociedad*. nº 32. 1999. Págs. 9 y ss.
- ▶ **ALBERTSON FINEMAN, M.** "Feminist Theory in Law: The difference it makes". *Columbia Journal of Gender and Law*. nº 1. Volumen.2. 1992. Págs. 11 y ss.
- ▶ **ALONSO GARCÍA, B.** "El empleo en la Unión Europea y las acciones del Fondo Social". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. nº 114. 2002. Págs. 855 y ss.
- ▶ **ALONSO GARCÍA, R.** "El soft law comunitario". *Revista de Administraciones Públicas*. nº 54. 2001. Págs. 73 y ss.
- ▶ **ALONSO OLEA, M.** "El trabajo de la mujer". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 13. 1998. Págs. 112 y ss.
- ▶ **ALONSO RODRIGO, E., SERRENO ARGÜESO, M., TOMÁS MARTÍNEZ, G.** "Mujer y Trabajo: el cuidado de la familia como cuestión social". *Revista del Centro de Estudios Financieros: Trabajo y Seguridad Social*. nº 261. 2004. Págs. 11 y ss.
- ▶ **APARICIO TOVAR, J.** "Las obligaciones del empresario de garantizar la salud y la seguridad en el trabajo". *Revista española de Derecho del trabajo*. nº 49. 1991. Págs. 705 y ss.
- ▶ **ASTOLA MADARIAGA, J.** "Los Derechos Fundamentales y el Derecho Comunitario". *Cuadernos Europeos de Deusto*. nº 18. 1998. Págs. 115- 142.

- ▶ **BALLESTER PASTOR, M.A.**
 - “Reserva de puestos de trabajo, acción afirmativa y discriminación inversa (Sentencia Marschall)”. *Relaciones Laborales*. nº 18. 1998. Págs. 49-75.
 - “La propuesta de reforma de la Directiva 76/207: Evolución y adaptación del principio de no discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario”. *Temas Laborales* nº 59, 2001. Págs. 221-242.

- ▶ **BODELON, E.** “Pluralismo, derechos y desigualdades: una reflexión desde el género”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. nº 5. 1995. Págs. 201 y ss.

- ▶ **CABEZA PEREIRO, J.** “La cuestión social en el Derecho originario de la Unión Europea”. *Documentación Laboral* nº 63. 2000. Págs. 27-52.

- ▶ **CASAS BAAMONDE, M.E.** “La reforma de la protección de los riesgos profesionales”. *Relaciones Laborales* Tomo I 1990. Págs. 52-58.

- ▶ **CASADO APARICIO, E.** “A vueltas con el sujeto del feminismo”. *Revista Política y Sociedad*. nº 30. 1999. Págs. 73-91.

- ▶ **CASTELLA LÓPEZ, J.L. et al.** “La seguridad y salud en el trabajo en la Comunidad europea ante el horizonte de 1993”. *Revista Salud y Trabajo*. nº 75. 1989. Págs. 25 a 38.

- ▶ **CAVAS MARTINEZ, F.**
 - “Maternidad y Salud Laboral”. *Revista Salud y Trabajo*. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el trabajo (INSH). nº 113. 1996/I. Págs. 6.y ss.
 - “Maternidad y salud laboral: Comentario a la Directiva 92/85/CE de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”. *Noticias de la Unión Europea*. nº 127/128 de 1994. Págs. 6 y ss.

- ▶ **COBO, R.** “Multiculturalismo, democracia paritaria y participación política”. *Revista de Política y Sociedad*. nº 32. 1999. Págs. 58 y ss.

- ▶ **COBO BEDIA, R.** “Género y Teoría Social”. *Revista Internacional de Sociología*. nº 25.2000. Págs. 6 y ss.

- ▶ **COMISIÓN EUROPEA.** “Primer informe de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre el mercado de trabajo”. *Documentación laboral*. nº 27/28 IV (1988)-I (1989). Págs. 169 y ss.

- ▶ **CORTEZO, J.** “La no discriminación laboral por el sexo en la Comunidad Económica Europea”. *Revista Trabajo*. nº 70. 1983. Págs. 33-49.

- ▶ **DE LA VILLA DE LA SERNA, S.** "Informe 2004 sobre la igualdad entre hombres y mujeres". *Revista del Ministerio de trabajo y asuntos sociales*. nº 52. 2004. Págs. 221-226.
- ▶ **DEL REY GUANTER, S.** "Los instrumentos normativos del Tratado de Roma en el desarrollo de la política social comunitaria". *Relaciones Laborales*, 1987-II. págs. 1215 y ss.
- ▶ **DEL REY GUANTER, S. y VALVERDE ASENCIO, A.** "La nueva regulación del contrato a tiempo parcial: concepto, naturaleza y contenidos". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 18, 1999. Págs. 15 y ss.
- ▶ **DÍAZ MARTÍNEZ, C.** "Las razones sociales de la acción positiva". *Documentación Social*. nº 105. Págs. 93-111.
- ▶ **ECEIZABARRENA SÁENZ, J.** "Mujer y Derecho en Europa. El Derecho Comunitario antidiscriminatorio tras las reformas introducidas por el Tratado de Ámsterdam". *Actualidad Administrativa*. 2000-2. marginal 883- XLVI.
- ▶ **ESPINA MONTERO, A.** "¿Existe un modelo europeo de empleo? El proceso de Luxemburgo". *Revista de Información Comercial Española*. nº 820. 2005. Págs. 123 y ss.
- ▶ **FABREGAT MONFORT, G.** "¿Obligación de comunicar el embarazo? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Unión Europea de 27 de febrero de 2003 asunto C-320/2001" *Revista de Derecho Social*. nº 24.2003. Págs 30 y ss.
- ▶ **FERNÁNDEZ MARCO L.**
 - "El riesgo profesional en el Derecho Laboral en España y en Europa". *Revista Documentación Laboral* nº 36. 1992. Págs.47-63.
 - "Reflexiones sobre la anunciada Ley de Seguridad e Higiene desde las normas de la OIT y la CEE". *Actualidad Laboral*. Tomo I. 1991. Págs. 9 y ss.
- ▶ **GALIANA MORENO J. M^a** "Aspectos sociales del Tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho del Trabajo*. nº88. 1998. Págs.189 y ss.
- ▶ **GARCÍA PERROTE ESCARTÍN I. et al.** "La aplicación de las Medidas de Acción Positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia". *Revista de Justicia Socia*. nº 15. 2003. Págs. 1 y ss.
- ▶ **GARCÍA VIDAL, M.** "La igualdad de retribución entre hombre y mujer en la Comunidad Económica Europea: un estudio relacional entre el Reino Unido y España". *Quaderns de Treball Institut Universitari d'Estudis Europeus*. nº 14. Págs. 2 y 3.
- ▶ **GÉRARD, O.** "Hacia el surgimiento de una política pública de conciliación". *Revista de Políticas Sociales en Europa*". n °16. 2004. Págs. 53-62

- ▶ **GÓMEZ, S.** Informe sobre el trabajo a tiempo parcial en Europa. *Capital Humano*, nº 155, 2002. Págs. 77-85.
- ▶ **GÓMEZ MUÑOZ, J.M.** "Empleo, crecimiento y convergencia tras las reformas de Amsterdam y la Cumbre de Luxemburgo (Un análisis de la nueva Política Social Comunitaria en la Europa de la Moneda Única)", *Relaciones Laborales*. nº 7. 1998. Págs. 66 y ss.
- ▶ **GÓMEZ PUERTO, A.** "Estrategia de la Unión Europea para el empleo". *Actualidad Administrativa*. nº 35. 2000. Págs. 1037 y ss.
- ▶ **GONZÁLEZ DE LENA ÁLVAREZ, F.** "La materia laboral de seguridad e higiene en las Directivas Comunitarias: Balance y perspectiva a comienzos de 1989". *Relaciones Laborales*. Tomo I. 1989. Págs. 23-33.
- ▶ **GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.** "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad e higiene y salud en el trabajo: La Directiva 89/391/CEE". *Relaciones Laborales*. Tomo III. 1991. Págs. 654-665.
- ▶ **GONZÁLEZ MUÑOZ, M.** "La no discriminación por razón de sexo en la remuneración del trabajo a tiempo parcial: evolución normativa comunitaria y jurisprudencial del TJCE". *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie B, septiembre 1991.
- ▶ **HEIDE, I.** "Medidas supranacionales contra la discriminación sexual. Igualdad salarial y de trato en la Unión Europea". *Revista Internacional del Trabajo*. 1999/4. Págs. 425-460.
- ▶ **IBÁÑEZ PASCUAL, M.** "Construcción de la pareja, individualización y cambio familiar", *Revista de Cultura y Ciencias Sociales*. Abaco. nº 29/30. Págs. 11 y ss.
- ▶ **JACQMAIN, J.** "¿La igualdad de trato contra la protección de la maternidad?". *Relaciones Laborales*. nº 5. 1997. Págs. 93 y ss.
- ▶ **JANJIC, M.** "Diversificar el trabajo de las mujeres, condición indispensable para una auténtica Igualdad de oportunidades". *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 100. nº 2. 1981. Págs. 12 y ss.
- ▶ **LANSKY, M.** "Género, mujeres y todo los demás". Parte I y II. *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 119 (2000) nº 4. Págs. 529 y ss; y Volumen. 120 (2001) nº 1. Págs. 91 y ss, respectivamente.
- ▶ **LALAGUNA, P.** "Apuntes sobre las acciones positivas". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 30. 2001. Págs. 87 y ss.
- ▶ **LOMBARDO, E.** "El mainstreaming: la aplicación de la transversalidad en la Unión Europea". *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. nº 12 de 2003. en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005.

- ▶ **LÓPEZ ANADÓN, P.** "La discriminación positiva femenina (Comentarios sobre la discriminación positiva femenina surgidos a raíz de la sentencia del Tribunal de Justicia Europeo de 11 de noviembre de 1997, casa Marschall contra NordRhein-Westfalen". *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 323. 1997. Págs. 1-3.
- ▶ **LÓPEZ GARRIDO, D.** "La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en derecho comunitario". *Actualidad Laboral* ref. 612. 1986. Págs. 323 y ss.
- ▶ **LÓPEZ LÓPEZ, J.** "Corresponsabilidad familiar y políticas legislativas sobre igualdad". *Temas Laborales*. nº 67. Págs 54 y ss.
- ▶ **LÓPEZ LÓPEZ, J. y CHACARTEGUI JÁVEGA, C.** "Las políticas de empleo comunitarias sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo". *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Civitas. nº 99. 2000. Págs. 19 y ss. .
- ▶ **MADSEN, P.K.** "The danish modelo of flexisecurity: experiences and lessons". *Transfer*, vol.10, nº 2. 2004.págs. 187 y ss.
- ▶ **MAGADÁN DÍAZ, M. y RIVAS GARCÍA, J.** "Los sistemas de protección social en Europa". *Noticias de la Unión Europea*. nº 180. 2000. Págs. 101 y ss.
- ▶ **MANCINI, F.** "Derecho del Trabajo y Derecho Comunitario". *Relaciones Laborales* Tomo I. 1986. Págs. 1179 y ss.
- ▶ **MARTÍN NAVARRO, J.L.** "Mercado de trabajo y políticas de empleo en la Europa de fin de siglo". *Temas Laborales*. nº 59. 2001. Pág. 269 y ss.
- ▶ **MARX I.** "Subvenciones al empleo y reducción de las cotizaciones empresariales. Dictamen de los estudios empíricos". *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen. 120. nº 1. 2001. Págs. 77 y ss.
- ▶ **MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.** "La Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo". *Actualidad Laboral*. Tomo III. 2000. Págs. 677 y ss.
- ▶ **MONEREO PÉREZ, J.L.** "Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores". *Revista española de Derecho del Trabajo*. Civitas. nº 56. 1992. Págs. 843 y ss.
- ▶ **MORENO DE TORO, C.** "La igualdad de oportunidades y las medidas de acción positiva en el Tratado de la Unión Europea y en la doctrina del Tribunal de Justicia". *Tribuna Social*. nº 103.1999. Págs. 27 y ss
- ▶ **MONTOYA MEDINA, D.** "Las políticas de empleo en la Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 57. 2005. Págs. 383 y ss.

- ▶ **MONTOYA MELGAR, A.** "Los incentivos públicos a la contratación laboral indefinida como medida de fomento de empleo". *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. nº 9.1993. Págs. 269 y ss.
- ▶ **MORENO GENÉ, J., ROMERO BURILLO, A., y PARDELL VEÁ, A.** "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85/CEE a la Ley 31/1995 de prevención de Riesgos Laborales". *Aranzadi Social* Tomo V. 1997. Págs. 479 y ss.
- ▶ **NAVARRO ELOA, et al.** "Acciones europeas para la inserción laboral de las mujeres". *Noticias de la Unión Europea*. nº 168. 1999. Págs. 65-73
- ▶ **NOGUEIRA GUSTAVINO, M.** "Crónica Internacional y Comunitaria. Los aspectos sociales del Tratado de Amsterdam". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 7. 1998. Págs.185 y ss.
- ▶ **NOGUEIRA GUSTAVINO, M., LÓPEZ CUMBRE, L., Y MORÓN PRIETO. R.** "El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias en materia de Seguridad Social". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 12. 1998. Págs. 133- 180.
- ▶ **ORDÓÑEZ SOLÍS, D.** "Seguridad Social y Unión Europea: las nuevas perspectivas de la protección social en Europa". *Actualidad Laboral*. XLI 2001. Págs. 1- 17.
- ▶ **ORTIZ LALLANA, M. C.**
 - "Igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer en la Unión Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 47. 2003. Págs. 99-109.
 - "La Política comunitaria de empleo sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres". *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Págs. 6-13 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005.
 - "La igualdad de trato por razón de sexo: un estudio especial (I)". *Actualidad Laboral*. nº 1. 1988. Págs. 669 y ss.
 - "La Unión Europea y las políticas activas de empleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 17. 1999. Págs. 23 y ss.
 - "Protección social comunitaria de la maternidad. Política social. Igualdad de trato entre hombres y mujeres". *Actualidad Laboral* ref. 194 bis. 1991. Págs. 15 y ss.
- ▶ **PEDROSA ALQUÉZAR, S.I.** "La incidencia de los acosos laborales en la salud de la mujer trabajadora". *Revista del Centro de Estudios Financieros: Trabajo y Seguridad Social*. nº 261. 2004. Págs. 81 y ss.
- ▶ **PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.**
 - "Algunas reflexiones metodológicas sobre la investigación del iuslaboralista". *Revista Española del Derecho del Trabajo*. Civitas. nº 68. 1994. Págs. 873 y ss.

- “La Directiva-marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español I y II”. *Relaciones Laborales*. nº 8 y 9. 1991,

▶ **PÉREZ DEL RÍO, T.**

- “La dimensión social del mercado único europeo”, *Revista española de Derecho del Trabajo*. Civitas. nº 47. 1991. Págs. 385 y ss.
- “Principio de no discriminación y acción positiva: Comentario a la Parte III del Plan de Igualdad de Oportunidades para la mujer 1988-1990”. *Documentación Laboral*. nº 25 .1988.. Págs. 55 y ss.
- “La protección frente a la discriminación en el derecho comunitario: las directivas 2000/43/CEE, D 2000/78/CEE y 2002/73/CEE. Modificación de la directiva 76/207/CEE.” *Revista de Derecho Social*. nº 19. 2002. Págs.91-114.

▶ **PÉREZ GUERRERO, M^a. L.** “La prevención de riesgos laborales en las Empresas de Trabajo Temporal”. *Aranzadi Social*, nº 6, 1996. Págs. 40 y ss.

▶ **PINILLA GARCIA, J.** “El futuro de la salud y seguridad en el CE. Debate sobre el IV Programa de Acción comunitario: la aportación de la Confederación europea de sindicatos (CES)”. *Revista Salud y Trabajo*. nº 98. 1993. Págs- 4 a 10.

▶ **PLANTENGA, J Y HANSEN, J.** “Balance de la igualdad de oportunidades en la Unión Europea”. *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 118. nº 4. 1999. Págs. 393-424.

▶ **POLITAKIS, G.** “Trabajo nocturno de la mujer. El doble anhelo protección-igualdad”. *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen. 120. nº 4. 2001. Págs. 469-496.

▶ **PRADAS MONTILLA, R.** “Sobre los incentivos en materia de Seguridad Social y de carácter fiscal para el fomento de la contratación indefinida y la estabilidad en el empleo”. *Documentación Laboral*. Número extraordinario. nº 54. 1997. Pág. 141 y ss.

▶ **PRIETO, C.**

- “Sentido y valor del tiempo de trabajo profesional. Género y representaciones de la vida personal”. *Revista Trabajo*. nº 13. 2004. Págs. 39 y ss.
- “Los estudios sobre mujer, trabajo y empleo: caminos recorridos, caminos por recorrer”. *Revista de Política y Sociedad*. nº 32. Universidad Complutense de Madrid. 1999. Págs. 148 y ss.

▶ **RAMOS DÍAZ, J.** “¿Son reconciliables amplios niveles de flexibilidad laboral y una amplia protección social?”. *Papers de la Fundació Campalans*. nº 138. Págs. 5 y ss.

▶ **RAMOS MARTÍN, N.E.** “El diálogo social en la Unión Europea”. *Actualidad Laboral*. Tomo III. 2000. Págs. 553-571.

- ▶ **REVILLA ESTEVE, E.** "Comentario a las modificaciones introducidas por la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, en la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres". *Justicia Laboral*. nº 14. 2003. Págs. 35-59.
- ▶ **REY MATÍNEZ, F.**
 - "La discriminación positiva de mujeres (Comentario a la STJ de la Comunidad, de 17 de octubre de 1995, Asunto Kalanke". *Revista española de Derecho Constitucional*. nº 47.1996. Págs. 309 y ss.
 - "Jurisprudencia norteamericana reciente sobre la affirmative action basada en el género" *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. nº 1. 2003. Págs. 1719-1734 en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/autor> de 5 de septiembre de 2005.
- ▶ **RIVERO ORTEGA, R.** "Algunas reflexiones sobre la igualdad de derechos de mujeres y hombres en el ámbito comunitario. Comentario a la sentencia Kalanke del TJCE". *Revista española de Derecho Administrativo*. nº 90. 1996. Págs. 321-333.
- ▶ **RODRIGUEZ DE LA BORBOLLA CAMOYÁN, J.** "Algunas reflexiones sobre la metodología de la investigación en Derecho del Trabajo" *Temas Laborales*. nº 31. 1994. Págs. 19 y ss.
- ▶ **RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO-FERRER, M.**
 - "Programa de acción social de la comunidad para la aplicación de la Carta Social". *Relaciones Laborales*. nº 24. 1989. Págs. 1 y ss.
 - "Igualdad de género y políticas comunitarias". *Relaciones Laborales*. nº 6. 2000. Págs. 4 y ss.
 - "La nueva dimensión de la igualdad y la transversalidad de las políticas de género". *Relaciones Laborales* nº 19 .2001. Págs. 7 y ss.
 - "Derecho del trabajo y disciplina de mercado". *Relaciones Laborales*. Tomo II. 2001. Págs.89-101.
 - "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", *Relaciones Laborales* Tomo II 1995. Págs. 81 y ss.
- ▶ **RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.**
 - "Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria". *Relaciones Laborales*, 1991. Tomo I. Págs. 158 y ss.
 - "El proceso legislativo europeo y el Derecho Social Comunitario". *Revista Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 12, 1998. Págs. 13 y ss.
 - "Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal". *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1992. págs. 343 y ss.

- “Trabajo a tiempo parcial y Derecho Comunitario”, *Relaciones Laborales*, nº15-16, 1998. Págs. 43 y ss.
 - “Reforma laboral y empleo: una perspectiva general”. *Temas Laborales*, nº 61, 2001. págs, 21-47.
- ▶ **RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M. Y CASTELLANO BURGUILLO, E.**
- “La Política de Empleo en la Unión Europea”. *Revista Trabajo* nº 1, junio 2001, págs. 11 y ss.
 - “La armonización comunitaria y el modelo social europeo”. *Revista Documentación Laboral*, nº 74, 2005. Págs. 9-42.
- ▶ **RODRIGUEZ RAMOS, M. J.** “La responsabilidad de la empresa cesionaria en la Directiva sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales”, *Actualidad Laboral*, Tomo I, 1992. Págs. 218 y ss.
- ▶ **ROMAGNOLI, U.** *El Derecho, el Trabajo y la Historia.* (traducción española de Il lavoro in Italia. Un giurista racconta. Il Mulino, Bologna 1995). CES Madrid. 1997. Pág. 184. Citado por BAYLOS GRAU A. “Igualdad, uniformidad y diferencia en el Derecho del Trabajo”. *Revista de Derecho Social.* nº 1.1998. Pág. 33 y ss.
- ▶ **RUANO RODRÍGUEZ, L.** “Indemnización por comportamientos de discriminación laboral (contenido posible de una más eficaz tutela antidiscriminatoria”. *Revista de Derecho Social.* nº 30. 2005. Págs.97-128.
- ▶ **RUIZ TAGLE, A.M.** “Mujer y Derechos Humanos”. *Leviatán. Revista de hechos e ideas.* nº. 66. 1996. Págs. 69-71.
- ▶ **SACRISTÁN ROMERO, F.** *Nuevos horizontes en el desarrollo de la sociedad de la información como objetivo en la Unión Europea.* http://www3.usal.es/teoriaeducacion/rev_numero_07/n7_art_sacristan2.htm. de 9 de mayo de 2006.
- ▶ **SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.** “El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario: avances sustancial del Tratado de Amsterdam”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.* nº 24. 1999. Págs. 363-388.
- ▶ **SERRANO PASCUAL, A.** “El concepto de empleabilidad en la estrategia europea de lucha contra el desempleo: una perspectiva crítica”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.* nº 21. 2000. Págs. 137 y ss. .
- ▶ **SIERRA HERNAIZ, E.** “Comentario a la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental celebrado por La UNICE, el CEEP y la CES”. *Actualidad laboral XLIX* . Págs 717.
- ▶ **SWEPSTON, L.** “La OIT y los derechos humanos del Tratado de Versalles a la nueva Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”. *Relaciones Laborales.* 1999-1. Págs. 117-121.

- ▶ **TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.** "El principio de igualdad de trato entre trabajadores y trabajadoras en materia de Seguridad Social. Las Directivas 79/7 y 86/378". *Actualidad Laboral*. XLIX. 2000. Págs. 1-25.
- ▶ **TOMEI, M.**
 - "La protección internacional de los derechos humanos y la igualdad: el papel y el enfoque de la OIT." *Temas Laborales*. nº 68. 2003. Págs. 4 y ss.
 - "Análisis de los conceptos de discriminación y de igualdad en el trabajo". *Revista Internacional del Trabajo*. nº 4. 2003. Págs. 441-460.
- ▶ **TORNIS, T.** "Las políticas de tiempo: un reto para las políticas del Estado del Bienestar". *Revista Trabajo*. nº 13. 2004. Págs. 145-164.
- ▶ **TORRENTE GARI, S.** "Comentario a la Directiva 96/34 de aplicación del acuerdo marco sobre el permiso parental". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 2, 1997. Págs. 201-222.
- ▶ **TOROLLO GÓNZALEZ, F.J.** "Incentivos al empleo y a la calidad en el empleo". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 33. 2001. Págs. 151 y ss.
- ▶ **VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.** "Igualdad por razón de sexo y Constitución Europea". *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. nº 57. 2005. Págs. 193 y ss.
- ▶ **VALDIVIA CEVALLOS, M.E.** "Interpretación de la Directiva 76/207/CEE sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo". *Revista Española de Derecho de Trabajo*. nº 103. 2001. Págs. 143-147.
- ▶ **VALTICOS, N.** "Normas internacionales del trabajo y derechos humanos. ¿Cómo estamos en vísperas del año 2000?". *Revista internacional del Trabajo*. Volumen 117, nº 2. 1998. Págs 153 y ss.
- ▶ **VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, P.** "Los aspectos de la Seguridad Social de la Directiva del Consejo de 29 de octubre de 1985 para promover la mejora de la seguridad y salud en el trabajo de la mujer embarazada: de la Directiva de 3 de junio de 1996 relativa al acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES; y de la Directiva del Consejo de 14 de febrero de 1997 sobre conservación de derechos en caso de traspaso de empresa". *Noticias de la Unión Europea*, nº 158, marzo 1998. págs. 61-74.
- ▶ **VOGEL POLSKY, E.** "Los programas de acción positiva a favor de las mujeres". *Revista Internacional del Trabajo*. Volumen 104. nº 2. 1985. págs. 234 y ss.
- ▶ **WILTHAGEN, T. & ROS, F.** "The concept of flexisecurity: a new approach to regulating employment and labour market". *Transfer*, vol.10, nº 2. 2004. págs. 166 y ss.



El objetivo perseguido con el trabajo *Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias para fomentar la Igualdad de Género* es analizar las principales políticas laborales comunitarias que inciden en la igualdad entre mujeres y hombres. El trabajo se centra en la perspectiva de fondo desde la cual se han elaborado los instrumentos proporcionados hasta el momento para conseguir la conciliación de la vida familiar y laboral, dedicando una especial atención al papel de los hombres en el logro de la tan pretendida conciliación de la parcela privada y profesional de toda persona. Para todo ello se ha distribuido el trabajo en cuatro grandes políticas diferenciadas pero relacionadas. Estas políticas son las que hemos denominado de: Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres; Política de Igualdad en el mercado de trabajo; Política de Salud Laboral centrada en la mujer y la maternidad; y, finalmente, la Política de Conciliación de los tiempos de trabajo y de atención a la familia. Y en todas ellas hemos entendido que se debe proteger al sujeto dependiente y necesitado de cuidado pero también al responsable del cuidado.

Publicaciones CES-A
COLECCIÓN PREMIO DE INVESTIGACIÓN

Feminismo de la Diferencia y Políticas Laborales Comunitarias para fomentar la Igualdad de Género

Emilia Castellano Burguillo