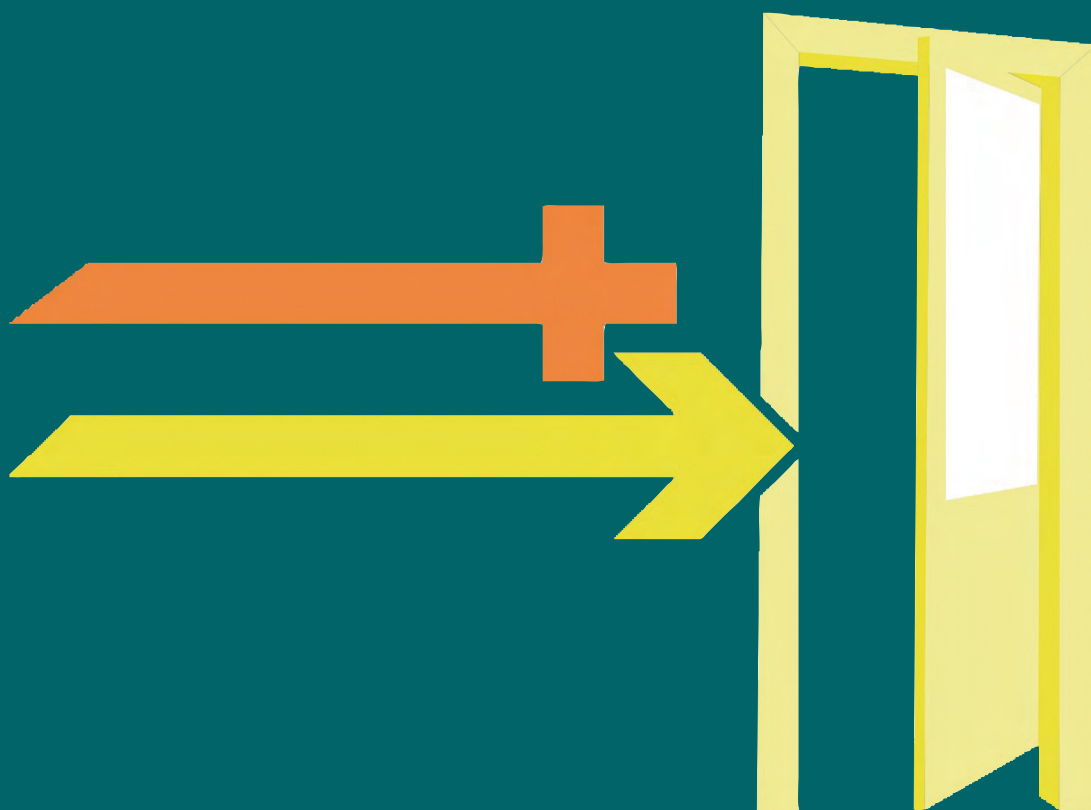


# El derecho a trabajar en igualdad



**Actas de las 3<sup>o</sup> Jornadas de Discriminación  
en el Acceso al Empleo**

Jaén, 7 y 8 de mayo de 2003





---

# El derecho a trabajar en igualdad

---

## Actas de las 3ª Jornadas de Discriminación en el Acceso al Empleo

Jaén, 7 y 8 de mayo de 2003

Instituto Andaluz de la Mujer

CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA

UGT Andalucía. Secretaría de la Mujer

CC.OO. Andalucía. Secretaría de la Mujer

Fondo Social Europeo



Fondo Social Europeo



Instituto Andaluz de la Mujer  
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA



Secretaría de la Mujer



Edita: Instituto Andaluz de la Mujer  
CONSEJERÍA DE LA PRESIDENCIA  
Depósito Legal: 2.066/2004  
Maquetación e impresión: Tecnographic, S.L.

## ÍNDICE

■ Inauguración	7/16
■ La actividad laboral femenina en España: entre el natural acceso al trabajo y el difícil acceso al empleo. <i>Pilar Carrasquer Oto</i>	17/24
■ El Ministerio Fiscal en la defensa del derecho fundamental a la no discriminación de la mujer en el orden jurisdiccional social. <i>Jorge Brioso Díaz</i>	25/36
■ Las administraciones y la igualdad en el acceso al empleo. <i>Inmaculada Montalbán Huertas</i>	37/46
■ Seguimiento del V Acuerdo sobre Concertación Social. Estrategias y propuestas para evitar la discriminación en la inserción de las mujeres. <i>Mesa Redonda</i>	47/58
■ La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación en el acceso al empleo. <i>Eduardo Martín Toval</i>	59/70
■ Los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Balance y perspectiva a la luz del Derecho Comunitario. <i>Cristóbal Molina Navarrete</i>	71/78
■ La igualdad de derechos en la integración de la mujer al mercado de trabajo y en el desarrollo de las relaciones personales. <i>Juan Martínez Pancorbo</i> <i>Catalina Toribio Castro</i>	79/88
■ Clausura	89/96





---

# I nauguración

---

Julio Ruiz Ruiz. Secretario General de CC.OO. Andalucía  
Manuel Pastrana Casado. Secretario General de UGT Andalucía  
Gaspar Zarrías Arévalo. Consejero de la Presidencia





## ■ Julio Ruiz Ruiz. Secretario General de CC.OO. Andalucía

En nuestra sociedad democrática existe todavía un importante déficit en el acceso al mercado de trabajo en condiciones igualitarias. La discriminación por razón de género es la gran asignatura pendiente del Estado español en materia de empleo, y esto exige que sigamos profundizando en el tema para alcanzar soluciones.

Se trata de un problema general español, y particular andaluz; e incumbe a hombres y a mujeres. En España hay más de un 1.600.000 parados según los últimos datos del INEM; de estos más de 360.000 pertenecen a Andalucía. La EPA, sin embargo, es más rigurosa, y sus resultados son más altos que los del paro registrado. Según sus datos, en Andalucía el 29 por ciento del paro afecta a las mujeres, y el 16 por ciento a los hombres; es decir, hay 13 puntos de diferencia.

El empleo es el primer factor de integración social. Por tanto, el desempleo es el primer factor de exclusión social. No sólo es en el medio laboral donde se producen estas dificultades para encontrar empleo, sino que en esta sociedad siguen todavía perviviendo prejuicios y mentalidades que entorpecen y obstaculizan el acceso de la mujer al empleo. Es demasiado frecuente todavía que los empresarios piensen que es más costoso contratar a una mujer que a un hombre. Piensan que en el caso de la mujer se puede dar más absentismo laboral, cosa que no está en absoluto probada por las estadísticas. También es muy frecuente la creencia de que ser madre es un obstáculo al empleo. Todo esto refuerza el hecho de que el índice de natalidad en España sea de los más bajos del mundo: 1,23 en España; 1,25 en Andalucía.

Gracias a la labor que desarrollan las diferentes instituciones hay datos interesantes que aclaran cuál es la situación laboral de la mujer en España. Estos muestran, por ejemplo, que el 33 por ciento de los despidos a mujeres se producen por razones de maternidad o embarazo. En estos casos, el Estado español ofrece ayudas por hijo, pero son ridículas (0,8 por ciento) si las comparamos con el gasto de la Unión Europea (ocho por ciento). Esto no es más que una fórmula para seguir creando obstáculos, y aumentar esas opiniones que contribuyen a la baja natalidad. Igual que la creencia de que hay funciones laborales reservadas a hombres, y otras a mujeres. Éste es un tópico completamente falso, porque no está ni probado ni justificado. No hay ningún motivo objetivo para reservar un puesto de trabajo para un hombre o una mujer. Por esa razón, desde CC.OO. se está apostando firmemente por fomentar la contratación de mujeres en los sectores tradicionalmente masculinizados. Hay que seguir trabajando en esta línea de incorporación de las mujeres a todos los sectores de la producción: industrial, automovilístico, y demás. Y, sobre todo, seguir profundizando en la política de concertación, que es capaz de materializar estrategias de trabajo en esta dirección. Como es la que se viene desarrollando en Andalucía a través del Instituto Andaluz de la Mujer en colaboración con los sindicatos mayoritarios.

La negociación colectiva es otro de los instrumentos determinantes para seguir trabajando en este sentido. Ésta se encuentra en manos de los interlocutores naturales: empresarios, trabajadores, organizaciones empresariales y sindicatos, que son los que tienen que dar empuje. Aquí juega un papel primordial el Acuerdo Intercon-

federal para la Negociación Colectiva, que ha sido renovado este año con la COE y los sindicatos CC.OO. y UGT, y que da un impulso a las políticas de igualdad por razón de género.

Otra de las apuestas que CC.OO viene desarrollando, conjuntamente con UGT, es la creación de una Comisión en el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Se trata de una Comisión de Igualdad que ya tiene elaborado un documento que compromete a las partes naturales: sindicatos y empresarios. En resumen, una apuesta porque la mujer se incorpore al trabajo en todas las facetas naturales, tanto en los servicios como en la producción.

Todo el esfuerzo que estamos realizando los diferentes agentes sociales se basa en la idea fundamental de que la sociedad no será completamente democrática hasta que no desaparezcan las discriminaciones por razón de género. Tenemos que luchar siguiendo ese camino. Porque cuando la sociedad sea paritaria en todas las facetas de la vida, y la desigualdad sea pasado y no presente, se habrá alcanzado la plenitud democrática en la sociedad. Pero, lamentablemente, hoy hay que seguir recordando este tema porque la desigualdad es presente, y la igualdad, futuro. A pesar de que todavía no se ha conseguido, sí hay que reconocer la batalla que están disputando el Instituto Andaluz de la Mujer, las Secretarías de la Mujer de CC.OO. y UGT, y el Gobierno de Andalucía, y que, sin duda, se acabará ganando.

## ■ Manuel Pastrana Casado. Secretario General de UGT Andalucía

Se acusa generalmente a los sindicatos de estar en las antípodas de la modernidad y el diálogo. De hecho, un observatorio económico de Andalucía, constituido por un grupo de expertos economistas, ha llegado a la conclusión de que el Acuerdo de Concertación no es el camino adecuado en Andalucía. Sin embargo, desde los propios sindicatos existe la creencia de que ésta es la dirección correcta, aunque ciertos estudios piensen que no sea así.

Es interesante plantear esto porque, en el caso concreto de la igualdad de oportunidades laborales, un factor fundamental del avance experimentado en Andalucía, es el trabajo que se viene desarrollando desde la Secretaría de la Mujer, los sindicatos y el Instituto Andaluz de la Mujer. Es verdad que no hay resultados espectaculares en cuanto a la solución del problema. Según los últimos datos, de los parados que hay en nuestra comunidad, el 58 por ciento siguen siendo mujeres. Aun así, la evolución que se está produciendo resulta bastante positiva, y no hay por qué asumir una posición derrotista.

El primer objetivo que hay que alcanzar sigue siendo la necesidad de trabajar desde el ámbito sindical e institucional en la creación de condiciones favorables para el acceso femenino al mercado de trabajo. Aquí es donde se produce la primera gran discriminación. Es más, muchas de las medidas que se pregonan a bombo y platillo desde hace años están teniendo un efecto absolutamente contraproducente. Es el caso de la incentivación para la contratación por interinidades en el caso de maternidad; esto produce un efecto de contratación favorable a los varones y no precisamente a las mujeres. Los datos ratifican que la mayoría de las medidas puestas en marcha hasta el momento tienen un efecto positivo de dos a uno a favor de los hombres. Por lo tanto, es necesario analizarlas e introducir otra serie de medidas destinadas a las mujeres discriminadas que ya se encuentran dentro del mercado de trabajo. Porque los datos también ponen de manifiesto que la mayoría de las mujeres, una vez que trabajan, están sometidas a unos niveles de inestabilidad y precariedad superiores a los de los hombres. Éste es el segundo gran problema. Por eso, hay que crear medidas paralelas para discriminar positivamente en el acceso al empleo; pero, al mismo tiempo, hay que sostener la presencia de la mujer en el mercado de trabajo, porque las que están cayendo en el desempleo son, fundamentalmente, mujeres.

Si se encuentran nuevas respuestas se podrá avanzar de una manera progresiva hacia la igualdad. Un factor clave aquí son los acuerdos de concertación y, dentro de estos, las comisiones con los empresarios para la creación de condiciones de igualdad dentro del mercado de trabajo.

Las mujeres tienen una responsabilidad muy clara en el marco de la negociación colectiva. En Andalucía se negocian al año en torno a 600 convenios, a los que se suman los de carácter nacional aplicables. En ellos, el tema de la igualdad, tanto en el acceso como una vez dentro del mercado de trabajo, no es nunca una de las prioridades. En esta cuestión lo que se debe hacer es una auténtica política de presión y choque por parte de los sindicatos para ver si en la negociación, las medidas de igualdad pactadas son el factor clave donde se sustenten las políticas de acceso y mantenimiento dentro del mercado de trabajo.

Es interesante reseñar que hace un año se celebró el último congreso de la UGT en Andalucía. En él se debatieron muchas propuestas y se llegó a conclusiones y acuerdos determinantes. Uno de los más importantes fue reforzar la actuación sindical en materia de igualdad de género, sin olvidar otro tipo de desigualdades. Para ello, se creó una secretaría específica que se ha ido dotando de los recursos necesarios y posibles. Esta estructura está canalizando y reforzando la actuación de los sindicatos. Es decir, no sólo se hizo un planteamiento testimonial, sino que la compleja situación de la mujer en la sociedad en general se convirtió en prioridad para los sindicatos. Y esa es la dirección que está tomando nuestro trabajo actualmente.

## ■ Gaspar Zarrías Arévalo. Consejero de la Presidencia

Partimos en estas jornadas del firme convencimiento de que sólo desde la sensibilización y la concienciación de los interlocutores sociales y profesionales implicados en el ámbito laboral, se pondrá fin a las situaciones de discriminación en el acceso de la mujer al trabajo remunerado.

En este sentido, hay que agradecer fundamentalmente a las dos centrales sindicales mayoritarias en Andalucía: UGT y CC.OO. Porque su trabajo en este campo es absolutamente determinante. Sus aportaciones están haciendo que en Andalucía se haya puesto en marcha un modelo social y laboral digno, justo e igualitario.

Hace pocos días se producía el traspaso de las políticas activas de empleo a la Junta de Andalucía, a los andaluces y andaluzas. Este hecho adquiere gran importancia porque servirá para poner en marcha medidas encaminadas al justo reparto del empleo entre hombres y mujeres. Expresa la voluntad de seguir poniendo en marcha programas que hagan efectivas la igualdad de oportunidades entre los sexos.

Nos encontramos en una zona del mundo en la que el principio de igualdad está resguardado desde el punto de vista legal. Para eso tenemos la Declaración de Derechos Humanos, las deducciones del Consejo Europeo, la Constitución, el Estatuto de Autonomía para Andalucía, etcétera. En todos ellos se enarbola, como uno de los fines superiores del Estado, la Libertad y la Justicia; lo que significa Igualdad entre hombres y mujeres.

Evidentemente, hay una serie de circunstancias en las que el empleo y la ocupación se constituyen en elementos fundamentales donde se puede quebrar este principio de igualdad de oportunidades. Hay que plantearse si el trabajo que se está realizando desde todas las instituciones comienza a dar sus frutos o no. Sería interesante hacer un breve repaso a lo ocurrido en España, y más concretamente en Andalucía, desde el inicio de la década de los noventa, cuando la autonomía comenzó a ser un elemento clave en su consolidación.

Un aspecto fundamental de estos últimos tiempos ha sido la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. El índice de feminización está en estos momentos en un 53 por ciento. En el 2003 el desempleo ha bajado de forma significativa, de 348.000 mujeres desempleadas, a 320.000. Se ha ido incrementando paulatinamente la presencia de las mujeres no solamente en los sectores clásicos de empleo femenino, sino también en otros sectores tradicionalmente masculinizados. La presencia de la mujer en la dirección de empresas y en la Administración Pública ha ido también creciendo en los últimos años, pasando del 39 por ciento, al 50 por ciento. A esto hay que añadir que las mujeres empresarias se han multiplicado por 120 en los últimos diez años. Todo esto vislumbra que la traslación desde el marco legal a la práctica diaria efectivamente se está produciendo, orientándose siempre a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo.

Hay otras ideas que muestran el lado oscuro del planteamiento, y que también son ciertas. Algunas de ellas son que la tasa de actividad y ocupación de las mujeres sigue estando muy por debajo de la masculina; que el

paro se sitúa el doble en la mujer que en el hombre; y que es en el sector servicios donde la inmensa mayoría de las mujeres encuentran un puesto de trabajo. Todo esto se deriva en que las mujeres ganan un 31 por ciento menos que los hombres. Por lo tanto, la realidad es clara en este sentido: pese a los avances alcanzados, siguen existiendo una serie de elementos negativos que deben superarse.

Partiendo de esto, hay que determinar cuál es, exactamente, el trabajo que hay que realizar entre todos. Se tratará, sin duda, de un trabajo no exento de dificultades.

En primer lugar, hay que analizar la línea emprendida por los sindicatos de convertir la negociación colectiva en el instrumento que regule, por excelencia, las relaciones laborales. En dicha negociación colectiva es preciso que haya una normativa legal que contemple, de forma específica y en sus distintas facetas, la no discriminación por razón de sexo en el acceso al trabajo.

El Congreso aprobó el 25 de abril de 2003, a propuesta del Grupo Parlamentario Socialista, una proposición no de ley para garantizar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación al empleo. Esta proposición tiene algunos aspectos importantes porque incide desde el punto de vista legal en lo que tiene que ser la no discriminación. Se propone la creación de la agencia de igualdad en el empleo, el permiso independiente de paternidad, la atención al acoso sexual y laboral en el trabajo y el establecimiento de la marca de excedencia para premiar a aquellas empresas más sensibilizadas en la igualdad de las mujeres en el trabajo. En definitiva, lo que se está planteando es la necesidad de establecer un nuevo contrato social entre géneros y reconocer la importancia del trabajo remunerado como eje básico para la igualdad entre hombres y mujeres; y la consideración, a través de una amplia gama de recursos de apoyo y de infraestructuras, de un reparto igualitario de los tiempos de trabajo. Se trata de pasar de una política laboral y de protección social, a otra antidiscriminatoria más amplia; tomando en consideración las políticas del tiempo europeas, y rehaciendo el contrato sobre el que se fundamenta el estado del bienestar.

En el caso concreto de Andalucía, son muchas las actuaciones que se están llevando a cabo orientadas a integrar la dimensión de género en la política de gobierno, y a favorecer la articulación entre los ámbitos público y privado. Por ejemplo, dentro del Marco de Apoyo Comunitario 2000/2006, el Instituto Andaluz de la Mujer con el conjunto de Consejerías de la Junta de Andalucía, ha puesto en marcha una experiencia pionera: la unidad de igualdad de género. Esta iniciativa tiene como fin fundamental dotar a los equipos gestores del Gobierno autónomo de los conocimientos y herramientas concretas que le permitan incorporar la perspectiva de género de una forma transversal.

Otra medida es el decreto de apoyo a las familias andaluzas. Éste pone sobre la mesa la necesidad de incrementar con acciones positivas la implicación y sensibilidad mostrada en materia de conciliación por parte del sector empresarial. Hay bonificaciones de hasta el 50 por ciento para aquellas empresas que realicen actuaciones recogidas en ese plan.

También hay que hacer referencia a la labor realizada por el Instituto Andaluz de la Mujer en temas de concienciación del empresariado, principalmente con el programa OPTIMA para la igualdad de oportunidades. Tampoco hay que olvidar el servicio de defensa legal que el Instituto coordina con las dos centrales sindicales. Su función primordial es la de dar respuesta a los problemas existentes en la discriminación por razón de sexo en el trabajo.

Otra cuestión versa sobre las condiciones extraídas del Foro Andaluz por un Reparto Igualitario del Tiempo, que se van a trasladar a un Plan Estratégico por un Reparto Igualitario de Tiempos y Responsabilidades. Este plan, que redundará claramente en beneficio de todos los andaluces, lleva consigo una serie de cambios sociales

y culturales. Se trata de favorecer la formación profesional y las condiciones de trabajo, evitando cualquier tipo de medida negativa, e implementando las acciones positivas para evitar ese tipo de discriminación.

La mayor incorporación al mercado laboral experimentada en los últimos años es lo que nos alienta a llevar a cabo este plan. Hay datos que muestran que en Andalucía se están quebrando buena parte de los males endémicos desde el punto de vista económico. Por fin se está rompiendo la tendencia estructural tradicional de que Andalucía siempre se sumaba al carro del crecimiento económico en los últimos vagones y, en el momento de la desaceleración, se bajaba en primer lugar, sufriendo con mayor incidencia el momento negativo desde el punto de vista económico. Los últimos datos certifican que Andalucía no sólo ha dejado de ser la última, sino que su economía ha crecido más que la media europea y española en estos momentos de desaceleración.

Una última cuestión es la importancia que ha tenido la Concertación Social en Andalucía. Desde el principio ha sido un marco de diálogo y colaboración que ha incidido directamente en los datos del desarrollo económico y la creación de empleo. El crecimiento, el dinamismo en el tejido empresarial y la contención del paro son elementos íntimamente ligados al acuerdo y al diálogo permanente entre los agentes sociales, económicos, y el Gobierno. Está claro que la Concertación Social es mejorable y que siempre se pueden buscar alternativas, pero no es acertado descalificar al que ha sido uno de los elementos clave de los últimos tiempos, marcado por la paz social y el diálogo entre las distintas posiciones de defensa de intereses.

Por último, voy a manifestar el compromiso total de la Junta de Andalucía, no sólo a través del Instituto Andaluz de la Mujer, sino del conjunto de políticas de gobierno, de hacer que la discriminación se erradique por completo. Y agradecer la colaboración permanente de CC.OO. y UGT para que todo esto no se quede simplemente en un discurso, sino que paulatinamente se lleve a la práctica.





# La actividad laboral femenina en España: entre el natural acceso al trabajo y el difícil acceso al empleo

**Pilar Carrasquer Oto**

- Profesora Socióloga de la Facultad de Ciencias Políticas de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Miembro de la SEM (Seminario de Estudios de la Mujer).
- Miembro del CUIIN (Grupo de Investigación sobre Vida Cotidiana y Trabajo).
- Acaba de presentar unas conclusiones sobre el estudio de conciliación bajo el título "La doble presencia, y una apuesta por la Conciliación".



Si hay una asignatura pendiente en España en lo que se refiere al empleo femenino es, justamente, el acceso al empleo. Continúa siendo una tarea que parecía realizada de alguna manera según las visiones más optimistas. Esta tarea era la de garantizar la igualdad en el acceso al empleo a hombres y mujeres. Yo creo que unos cuantos años después de, por ejemplo, la Conferencia de Naciones Unidas sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres, estamos aún en España pendientes de conseguir nuestra particular cuota en el proceso de modernización, que, por otra parte, sí se ha observado en el Estado español. Las mujeres no tenemos las mismas oportunidades de acceder al mercado de trabajo que los hombres, y vaya por delante también que esta igualdad de oportunidades no va a conseguirse únicamente a través del importante trabajo que podamos desarrollar en el ámbito de la producción.

Conseguir que esa igualdad en el acceso al empleo sea real y efectiva, a mi modo de ver, sólo va a poder lograrse cuando el conjunto del trabajo necesario para la vida cotidiana, para la propia supervivencia y reproducción de la sociedad, no sea un trabajo desigualmente repartido entre hombres y mujeres. El problema de la igualdad de oportunidades en el acceso al trabajo y en el desarrollo de la carrera profesional entre hombres y mujeres tiene mucho que ver con el ámbito del empleo. Pero también tiene muchísimo que ver con lo que queda fuera de éste: las responsabilidades familiares, que las mujeres continuamos asumiendo prácticamente de forma exclusiva en nuestro país, sin soporte masculino, y apenas soporte público o institucional.

En este sentido, hablar de igualdad de oportunidades o de acción positiva es hablar de poco, si no se tiene en cuenta ese trasfondo no mercantil ajeno a lo que habitualmente se considera el mercado de trabajo que pesa sobre nosotras. Pesa, fundamentalmente, sobre las mujeres adultas con responsabilidades familiares. Ese va a ser mi punto de partida y también un punto que retomaré en las conclusiones: repartir mejor la carga total de trabajo y cambiar la cultura, cambiar los imaginarios en torno a lo que significa ser hombre y ser mujer en relación al trabajo en nuestra sociedad. Pienso que son los dos temas que tienen que contribuir a hacer efectiva esa igualdad de oportunidades en el ámbito concreto del empleo.

El título de mi intervención es “La actividad laboral femenina en España: entre el natural acceso al trabajo y el difícil acceso al empleo”. Yo creo que ésta es, de forma muy sintética, la realidad del empleo femenino en España; repartido de forma muy heterogénea entre comunidades autónomas, entre clases sociales, repartido según el nivel de estudios de las propias mujeres. Pero el considerar socialmente que nuestra principal responsabilidad es el cuidado de los demás, y que, secundariamente, tenemos también alguna cosa que decir en el ámbito del empleo, es todavía hoy la cultura dominante en nuestro país. Por lo tanto, para ahondar en las posibilidades hay que trabajar desde dentro, pero también desde fuera, en ese trasfondo del mercado de trabajo. En mi intervención voy a partir de un concepto amplio de trabajo, que incluye tanto lo que generalmente se conoce como empleo, como la atención y cuidado de los demás, es decir, la responsabilidad doméstica. Es importante partir de esta visión amplia porque hay que actuar en función del análisis de la situación. Si nuestro diagnóstico es que las dificultades para el empleo femenino tienen que ver con las competencias profesionales de las mujeres, si pensamos que tienen que ver con la oferta de empleo disponible en ese momento, las actuaciones van a ir orientadas en ese camino. Esa ha sido hasta hoy la orientación de las políticas de oportunidades que se han desarrollado

tanto en nuestro país como en otros contextos cercanos. Es decir, han sido políticas destinadas fundamentalmente a llevar a las mujeres hacia el empleo. Pero no han trabajado con el mismo rigor para conseguir que los hombres se incorporen a ese otro trabajo, a menudo no reconocido ni valorado socialmente ni siquiera por parte de aquellas personas que mayoritariamente estamos al cargo del mismo; ni siquiera por las propias implicadas en él.

El resultado de este tipo de políticas está hoy suficientemente valuado para que podamos identificar sus límites. Se ha llegado a decir que esas políticas tienen un cariz productivista que, de alguna manera, no van a poder asumir. No acabarán con aquello que constituye la mayor dificultad femenina para acceder al empleo: la carga familiar y la carga simbólica, cultural, que acompaña siempre a la actividad laboral de la mujer. Ya sea materialmente, en cuanto a carga de trabajo, ya sea simbólicamente, en cuanto a la percepción de lo que debe ser el papel de las mujeres en el ámbito de la producción.

Es necesario hacer también un repaso a las cifras. Algunas hay que ampliarlas relacionando la realidad del empleo femenino con las de esta otra realidad que no acostumbramos a considerar: cómo se reparte el trabajo doméstico familiar y cómo eso incide en unas jornadas de trabajo muy extensas. Porque la mayoría de las mujeres tenemos la fortuna de tener también un empleo remunerado fuera de casa. Voy a acabar haciendo alguna referencia a lo que me parece que va a ser en el futuro el tema a trabajar, que es el de cambiar esa cultura patriarcal que sanciona un contrato sexual extraordinariamente lesivo para los intereses, no sólo de las mujeres, sino del conjunto de la sociedad.

Se ha dicho que se ha avanzado muchísimo en el campo de la igualdad de oportunidades y, especialmente, en la presencia femenina en el empleo. Estoy absolutamente de acuerdo con que así ha sido, pero tengo que añadir que la incorporación femenina al mercado de trabajo se ha producido en todas las sociedades desarrolladas, en mayor o menor medida, sin que las mujeres hayan abandonado las responsabilidades domésticas. Este fenómeno lo bautizó Laura Valvo en 1979 con el nombre de "Doble Presencia": las mujeres adultas de las sociedades desarrolladas acceden al mercado de trabajo además de continuar siendo responsables de las tareas domésticas. Esta forma femenina de acceso al empleo ha modificado sustancialmente la imagen y la realidad de las sociedades desarrolladas. Por una parte, tenemos la presencia en la sociedad de un nuevo sujeto plenamente activo en la vida pública, que es la mujer. Pero es un sujeto con unas características peculiares que no tiene el género masculino. Porque no es un sujeto con una presencia exclusiva en la vida pública, como sí sucede en el caso masculino. Esto tiene mucha importancia en términos de disponibilidad para el empleo, en términos de valores, de identidades y de culturas asociadas al trabajo.

Para reafirmar un poco esta idea debo añadir que la doble presencia no responde a una voluntad libremente expresada por las propias mujeres; sino que responde a un tipo de organización social en el que se facilita el acceso de las mujeres al empleo, pero no se hace el mismo esfuerzo para garantizar que el trabajo no remunerado e imprescindible que realizamos para el funcionamiento de nuestra sociedad se haya repartido de forma más equitativa. Doble presencia significa algo positivo, porque es una doble identidad, una doble centralidad respecto al trabajo; pero significa también un límite importante, una carga de trabajo que no tiene parangón respecto a la de otros sujetos presentes también en la esfera pública.

En este sentido, la presencia femenina en el empleo ha sido uno de los cambios más notables observados en la sociedad española y europea. Ha sido una transformación que ha garantizado el acceso a la ciudadanía a las mujeres en primera persona, y no de forma mediada. Ese era el pacto tradicional: ama de casa, ganador del pan, en la traducción de Celia Valiente, la idea de "break winner" en inglés. Pero ha sido un acceso que se ha hecho a costa de una jornada laboral interminable, la carga total de trabajo, según María Ángeles Durán, resulta desigual y abrumadoramente mal distribuida entre el conjunto de la sociedad española. Con objeto de mejorar esta situación desde Organismos Internacionales, como Naciones Unidas, se recomendaba en la Conferencia

de Pekín trabajar en la transversalidad. Transversalidad significa que el problema del empleo femenino no compete exclusivamente a las mujeres. No debe abordarse de forma sectorial, ni con políticas particulares que incidan sobre un ámbito determinado de la realidad; sino que todo lo que tiene que ver con las desigualdades de género tiene que plantearse desde la complicidad y la implicación de los dos sexos; y desde la implicación de las distintas instancias sectoriales particulares que inciden en el conjunto de la vida cotidiana social. En este sentido, el problema del empleo no es un problema sólo de las empresas, de los sindicatos, o de los comités de empresa. El problema del empleo femenino es un problema que tiene que ver con guarderías, con atención a las personas mayores, con una mejor redistribución de las responsabilidades y las tareas asociadas al funcionamiento del conjunto de nuestra sociedad. Vale la pena recordar esto porque, si bien estos conceptos de transversalidad forman parte de la cultura, la distancia entre la teoría y la práctica es enorme. Y la desigualdad entre los géneros en el acceso al empleo es uno de los ejemplos más notorios de esta distancia. Cualquier persona es consciente de las dificultades que implica llevar a la práctica medidas que impliquen al conjunto de instituciones relacionadas con esta problemática.

Los primeros planes de igualdad de oportunidades en España tienen ya un par de décadas. Es decir, no estamos en los inicios. Las desigualdades de género en el empleo se pueden calificar de camaleónicas, porque se han transformado enormemente desde el proceso de industrialización de nuestras sociedades; pero apenas han disminuido. Se modifica aquello que hoy es importante en relación al pasado. En España hay un tema que continúa siendo relevante, y es el del acceso al empleo; pero cuando no hablamos de acceso al empleo, hablamos de acoso sexual o de mobbing, que hoy es la moda en estas cuestiones. Hablamos de otras modalidades, de otras expresiones en las desigualdades de género aplicadas al empleo que se suman a aquellas ya presentes. Y lo que hemos aprendido en estas décadas de trabajo es, justamente, que los problemas hay que resolverlos dentro del ámbito propio. Pero los factores que causan las desigualdades de género en el empleo hay que buscarlos fuera del mismo.

¿Cuál es hoy un poco la línea de actuación en este camino? Tenemos un ejemplo para empezar: la Ley española de Conciliación de Vida Laboral y Familiar de 1999. Éste podría ser un ejemplo de intento de intervención en un aspecto muy propio del ámbito de empleo, pero que trasciende justamente al ámbito mercantil. También en este tipo de iniciativas vemos que se pierden algunos de los elementos definitorios que deberían caracterizarlas. La Ley de Conciliación parece pensada para las mujeres, y no para todo el mundo. Es como si el problema de la conciliación fuera exclusivamente femenino. El segundo elemento a considerar es que parece que algunas de las medidas promulgadas al calor de esa ley (los famosos cien euros por hijo) tienden a favorecer a aquellas mujeres privilegiadas, es decir, las que tienen un empleo; cuando nuestro problema en España es garantizar un acceso igualitario de hombres y mujeres al empleo.

Hoy somos optimistas porque llevamos un tiempo en que las cifras de empleo, con ciertos altibajos, han mejorado enormemente en nuestro país. Ha disminuido el paro, y, en el caso español, la incorporación femenina al mercado de trabajo ha ido indisolublemente ligada al crecimiento y consolidación de bolsas importantísimas de paro, fundamentalmente femenino, de larga duración. Esto afecta sobre todo a las mujeres casadas en edad reproductiva. Y aquí les apunto una idea que debe tenerse en cuenta: la cierta tolerancia social hacia el desempleo femenino, especialmente hacia el de las mujeres casadas. En esa tolerancia social todos estamos implicados, porque parece que siempre hay otras prioridades, otros colectivos que suscitan una mayor atención de cara a la intervención pública. Cuando se piensa en el paro en España, se piensa en paro de los jóvenes, sin considerar que las jóvenes están más expuestas al desempleo que los jóvenes; hoy se piensa en colectivos de riesgo como las personas mayores de cuarenta y cinco años, sin considerar que el grueso del desempleo sigue siendo el de las mujeres casadas de esa edad. Esa tolerancia social nos está indicando que todavía se entiende que el principal problema es garantizar el acceso al empleo del famoso varón cabeza de familia. Se considera que es competencia del varón cabeza de familia garantizar los ingresos familiares. Está mal visto socialmente que en una familia

sea la mujer la que trabaje, cosa que sucede, por otra parte, en contadas ocasiones; y que, en cambio, sea el hombre el que no esté en condiciones de tener un empleo. Por lo tanto, a mi modo de ver, ahí está la verdadera asignatura pendiente hoy en lo que se refiere a políticas de igualdad. No digo que no haya otras, pero el empleo, en cuanto a lo que significa en la construcción de la ciudadanía y de la identidad de las personas, se sigue considerando en España patrimonio, no exclusivo, pero sí primordial del varón cabeza de familia. Aquí debería añadir que hay una fuerte diferenciación según clases sociales. Esta idea del papel que debe jugar el empleo entre hombres y mujeres está profundamente arraigada en la clase trabajadora española, y eso se traduce en unas prácticas de actuación cotidianas que trasponen esa cosmovisión, esa manera de entender las cosas, de las que las mujeres también participamos. Por lo tanto, las organizaciones sindicales y las secretarías de la mujer tienen una responsabilidad enorme en términos de sensibilización y concienciación de lo que debería significar el empleo para el conjunto de la sociedad.

Parece que esté dando una visión muy pesimista de la relación de las mujeres con el empleo en España, y en absoluto quisiera que fuera así. En veinte años se ha doblado la tasa de actividad femenina, eso significa un cambio social enorme en nuestra sociedad; también se ha conseguido mejorar, en menor medida, la posibilidad de unas trayectorias profesionales con una cierta continuidad y complejidad. Pero junto a ese logro hay que añadir la persistencia de características del empleo femenino que no se han modificado con la misma consistencia. Me refiero a la segregación ocupacional, ya sea a nivel horizontal: la feminización de determinados servicios es extraordinaria en nuestro país, el 80 por ciento de la ocupación femenina se concentra en los servicios; y la segregación vertical: aquella que afecta a la posibilidad de promoción profesional en las empresas. Yo añadiría que en España se está configurando hoy otro rasgo relativamente novedoso. Se trata de una cierta polarización entre las mujeres por lo que respecta a su situación en el empleo cuando se tiene. Así, por una parte, el problema de las españolas con empleo, y donde deberían actuar las políticas de igualdad, sería superar el famoso techo de cristal. Fue un tema que en la década pasada dio pie a infinidad de estudios que insistían en la necesidad de mejorar las condiciones que nos permitiesen superar este famoso techo. Pero para la inmensa mayoría de las españolas el objetivo sería justamente el contrario, el de despegar del suelo y tener acceso a un empleo, que es la imagen que en inglés se contraponen a la de techo de cristal. Por lo tanto, en España, a los rasgos tradicionales del empleo femenino, habría que añadir este rasgo emergente, pero con una cierta consolidación. Así se apunta, al menos, la polarización entre los colectivos de mujeres. Por una parte, mujeres bien situadas, con empleos estables, con una cierta posibilidad de desarrollo de una carrera profesional; son los trabajos que se han desarrollado al calor del propio desarrollo del estado del bienestar. Y, por otra, mujeres que acceden cuando pueden al mercado de trabajo, con una fuerte precariedad, una gran inestabilidad, para las que el principal problema es el acceso y mantenimiento del empleo. Esto implica políticas de igualdad de oportunidades y de actuación positiva receptivas a esta tipificación sociocultural y laboral de las mujeres españolas hoy.

Para acabar de perfilar esta realidad de empleo en España quiero terminar con una nota más positiva, y es que, a pesar de las dificultades para acceder al mercado de trabajo, hay un rasgo que era típico de la relación femenina con el empleo en las sociedades industrializadas que se ha roto en gran medida. Me refiero a aquello de: nos incorporamos al empleo, salimos cuando nos casamos o cuando tenemos hijos, y volvemos en caso de que los hijos sean mayores. Esa relación tradicional ha tendido a modificarse sustancialmente entre las mujeres españolas, especialmente entre aquellas menores de cuarenta y cinco años. Esa es la generación que a mediados de los ochenta rompe con la pauta típica, y que mantiene una trayectoria de permanencia en el empleo. Esto me parece muy asintomático del cambio, con independencia de la coyuntura del mercado de trabajo, porque expresa una firme voluntad femenina de acceder al mercado de trabajo independientemente de las condiciones existentes.

Comenzaba mi intervención diciéndoles que este cambio notable de las mujeres con relación al empleo se ha producido sin que se haya modificado sustancialmente su relación con el otro trabajo. Este hecho constituiría,

a mi modo de ver, el factor central que nos pone en dificultades cada día, y que explicaría la complejidad que supone compaginar vida familiar y laboral desde el punto de vista de la materialidad, de la carga objetiva de trabajo. Sin embargo, esta forma de aproximarnos al empleo nos ha permitido acceder a unas competencias que sería interesante exportar al conjunto de la sociedad. Las mujeres somos expertas en la combinación de ámbitos sociales, en la mediación de los espacios que conforman nuestra organización social. Éstas no son habilidades innatas, sino que son fruto de nuestra descripción doméstica, de nuestra experiencia laboral como pareja. Así, la doble presencia, si bien muestra una cara menos amable, tiene otra cara más vistosa, que es la de habernos constituido en bancos de experiencias de otras formas de organización del trabajo, de otras formas de intervenir socialmente. Si este tipo de competencias pudiéramos hacerlas extensivas y aplicarlas al conjunto de la sociedad, ahí tendríamos un campo de intervención abierto. Este tipo de competencias: la multiprogramación, las multitareas, el trabajo en equipo, la capacidad de combinar, la capacidad de medir, etcétera, son hoy tareas que en el mercado de trabajo se precian muchísimo, están reconocidas y cualificadas. Lo que ocurre es que no lo son cuando somos nosotras las propias portadoras, porque se supone que, en nuestro caso, son naturales. Pero ahí hay un camino que se está explorando en algunos empleos, por ejemplo, en tareas de mediación, la capacidad de intervención, cómo combinar disponibilidades, ritmos de trabajo que en nuestra organización socioproductiva tienen un valor tan distinto. Ahí está justamente el problema que tenemos hoy aquí, nuestra organización productiva y las estrategias actuales de la flexibilidad de las empresas abundarían aún más en esa dirección. Es una organización socioproductiva que tiene en la disponibilidad hacia el trabajo productivo su concepto clave: disponibilidad de horario, disponibilidad de jornadas, vacaciones, distribución de la jornada laboral a lo largo del año y disponibilidad geográfica incluso. ¿Cómo combinar esa disponibilidad con las exigencias de nuestra vida, de nuestro trabajo doméstico familiar? Este es un reto enorme que, por el momento, sólo se ha resuelto a costa de incrementar nuestra propia jornada laboral. Se trata de un reto complejo porque en las sociedades desarrolladas, el trabajo doméstico familiar es justamente el que ha contribuido a garantizar la disponibilidad de los demás, especialmente la disponibilidad del adulto varón cabeza de familia. Esa es la figura social que en nuestra sociedad permite dar cuenta de los requisitos que nos exige el mundo productivo: una disponibilidad absoluta. Las mujeres, si tenemos que garantizar esa disponibilidad absoluta del varón cabeza de familia, que los niños vayan al colegio cada día, y que los ancianos estén cada día atendidos, difícilmente vamos a poder garantizar nuestra propia disponibilidad en el empleo. De eso tiene constancia el conjunto de la sociedad, y mirar hacia otro lado supone obviar el problema.

Ahora bien, éste es un problema de difícil solución, que implica cambios en la organización socioproductiva y en la propia organización doméstica. Uno de los elementos que juega en contra es el propio peso que tiene la cultura patriarcal, que ambos géneros tenemos profundamente interiorizada. Una cultura que hace invisible y menosprecia el trabajo doméstico familiar. Nosotras mismas, en cuanto tenemos un empleo, tendemos a dejar las cosas de la casa en segundo término. Si no cambiamos de orientación en cuanto a lo que consideramos o no socialmente relevante, el camino de la igualdad de oportunidades va a estar reservado a un colectivo privilegiado de mujeres; y difícilmente vamos a poder hacerlo extensivo a la mayoría. Sobre todo, en las sociedades del sur de Europa, donde España es protagonista. Somos los primeros en considerar que la familia es la que tiene que garantizar buena parte del cuidado y atención de los demás, nuestro sistema de protección social es de los más escasos, y el reparto de las tareas domésticas entre géneros muy desigual. En las tres cosas tenemos el "honor" de ser pioneros en la Unión Europea. Por lo tanto, mientras estas cuestiones no se transformen, en España va a ser muy difícil modificar las desigualdades en el acceso al empleo por parte de las mujeres. Algunas medidas, como el tiempo parcial femenino, lo único que hacen es llevarnos a un callejón sin salida, porque están pensadas únicamente para algunas de nosotras. Son tipos de empleo que nos pueden hacer muy llevadera nuestra vida cotidiana, pero socialmente contribuyen a reforzar la división sexual del trabajo más tradicional. Justamente en España se aprecian indicios de que esas dificultades propias de un reparto poco equitativo del trabajo doméstico familiar, están contribuyendo a una vuelta a la domesticidad; una neodomesticidad para las mujeres, que vendría avallada por la culpabilidad y por la importancia que tiene la maternidad para las propias interesadas.



Ese riesgo existe, pero soy optimista de cara al futuro. No creo que a las generaciones de jóvenes se les pueda conformar con decirles: ustedes en casa van a estar muy bien. Si queremos hacer más amable el duro terreno del empleo sería necesario, primero, un fuerte replanteamiento de lo que significa trabajar: trabajar no es sólo tener un empleo. Trabajar implica más cosas desde el punto de vista de nuestra calidad de vida cotidiana. Sería interesante también un cambio de valores, un cambio de cultura que removiese esas bases del pacto entre el género que sustenta nuestra actual organización social.

Un informe recientemente elaborado por la Fundación Europea para la Mejora de Condiciones de Vida y Trabajo de Dublín, hace tres recomendaciones con respecto al futuro del empleo en Europa:

1. Una mayor inversión pública en materia de soporte al trabajo doméstico familiar. Las cifras son esclarecedoras de la situación en España con respecto a este punto; señalan que poco más de un tres por ciento de la población adulta dependiente tiene acceso a un soporte en términos de ayuda pública para mejorar su vida cotidiana. Hay que pensar que en España tenemos una pirámide demográfica que va a facilitar el acceso de las mujeres al empleo en un futuro inmediato, simplemente porque habrá menos. Pero también plantea un problema extraordinario, y es el notable envejecimiento de la población.
2. Una redefinición de la jornada laboral; y aquí la complicidad de los agentes sociales implicados en las relaciones laborales es central. Es fundamental cambiar la mentalidad de las organizaciones empresariales y sindicales con respecto a lo que significa la jornada laboral. El esfuerzo de negociación y de pacto va a tener que ser notable. Existen experiencias que se han bautizado con el nombre de FAMILY FRIENDLY, un nombre que está cayendo en desuso porque queda mal la idea de empresas amigas de la familia; además, vuelve a emerger aquel concepto antiguo de aquellas empresas que facilitan la flexibilidad de la jornada laboral. Vemos así el relativo cambio de orientación. Existen experiencias cercanas, intentos de mejorar la jornada laboral para hacer más factible una mejor ordenación de actividades para todo el mundo. Normalmente este tipo de medidas a quien más beneficia es a las mujeres que ocupan un cierto nivel en la jerarquía de las empresas; y no están pensadas para el conjunto de mujeres y hombres que ocupan un escalafón menos privilegiado en la jerarquía empresarial. Son medidas de reorganización de la jornada laboral que tendrían que tener en cuenta la sincronía que preside la doble presencia femenina. Esto significa que las mujeres llevamos a los niños al colegio cada día, que una persona mayor se nos puede poner enferma cualquier día, no solamente los fines de semana. Por lo tanto, estas experiencias de reordenación de la jornada laboral no resultan interesantes para la mejora de la conciliación de vida laboral y familiar, ya que tienden a reducir la jornada laboral acotando esa reducción en términos de ampliación de, por ejemplo, el fin de semana.
3. Un mejor reparto de la carga total de trabajo y, especialmente, un mejor reparto del trabajo doméstico familiar entre el conjunto de personas adultas en el hogar. También en este caso tenemos el "honor" de ser uno de los países donde la distribución es más desigual.

No me gustaría terminar dejando un regusto pesimista con respecto a las posibilidades de mejorar el marco contextual que puede contribuir a que podamos trabajar realmente de cara a mejorar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo de las mujeres. En absoluto, estoy convencida de que hemos avanzado extraordinariamente. Lo que sucede es que convendría socializar este avance en cuanto a los costes en términos de trabajos personales, de falta de tiempo para nosotras, de culpabilizaciones, etcétera. En el terreno sindical hay que pensar en medidas que garanticen, por ejemplo, la objetivación en las pruebas de selección de personal, que favorezcan el control de los procesos de selección, de formación. Serían medidas que deberían estar presentes en todos los convenios colectivos de este país, ya afectasen a empresas más pequeñas o más grandes. Son caminos pragmáticos que habría que desarrollar, pero siempre al amparo de mejorar esa base contextual que, hasta hoy, ha sido poco proclive a garantizar una mayor posibilidad de acceso al empleo para las propias mujeres. El acceso al mercado de trabajo es actualmente la gran asignatura pendiente que las mujeres tenemos en el particular proceso de modernización que la sociedad española ha vivido en estos últimos veinticinco años.

# El Ministerio Fiscal en la defensa del derecho fundamental a la no discriminación de la mujer en el orden jurisdiccional social

**Jorge Brioso Díaz**

- Fiscal de la Audiencia de Málaga, siendo responsable desde hace siete años de una sección de Derechos Fundamentales.
- Colaborador en la Universidad de Málaga en el Departamento de Derecho Internacional Privado.
- Profesor de la Escuela de Prácticas Jurídicas del Colegio de Abogados de Málaga.
- Ha dirigido cursos de formación para jueces y fiscales a nivel nacional.
- Participa como ponente en seminarios y conferencias.



Se dice tradicionalmente que uno de los parámetros fundamentales a la hora de ver cuál es el grado de desarrollo de una sociedad es el avance que haya tenido sobre la misma los derechos de la mujer; concretamente, los de la mujer trabajadora. Si pensamos en este axioma, con excepciones, se confirma la regla. Porque un mejor reconocimiento de los derechos de la mujer responde, casi siempre, a un mayor progreso; y, de lo contrario, un mayor atraso cultural y económico va ligado a un menor avance en los derechos de la mujer trabajadora.

Entre las armas que se suelen utilizar en este camino, del que todavía falta mucho por recorrer, destacan tres:

- a. La conciencia cultural. Es uno de los pilares fundamentales. Una conciencia cultural que nos lleve, en un estado avanzado, a que este tipo de problemas ni siquiera se plantee. En consecuencia, hay que concienciar a toda la sociedad de que el problema de los derechos de la mujer y, concretamente, los de la mujer trabajadora, no es un problema sectorial. El avance se producirá en el momento en el que, por encima de cualquier ideología o circunstancia personal, las personas se planteen que la igualdad entre hombres y mujeres es algo natural. Aquí juega un papel esencial el factor educativo. He observado unos avances espectaculares asociados a lo que, en terminología ya desfasada, se podría llamar la clase burguesa. Las nuevas generaciones están viendo esta materia como algo mucho más natural, y cada vez hay menos encorsetamientos al respecto.
- b. La acción positiva o discriminación positiva. La acción positiva tiene una derivación que, en muchas ocasiones, se elude: la acción positiva económica. Es sabido que legislativamente hay que propiciar la contratación de mujeres, pero, a la hora de la verdad, el empresario particular suele argumentar que se está jugando su dinero. Por esa razón, el segundo pilar se basaría en que los poderes públicos obligaran a propiciar una situación de igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en el trabajo. Los poderes públicos están obligados por mandato constitucional a pagar, por decirlo de alguna manera, esa excusa que dan algunos empresarios de que no resulta rentable la contratación de mujeres por algunos motivos absurdos, como la potencialidad de ser madre.
- c. El tercer pilar es el que nos afecta en calidad de fiscal porque podemos intervenir. Se trata de que, una vez que no funcione la conciencia cultural ni la discriminación positiva, o una vez que la misma no esté suficientemente desarrollada, hay que proceder a la represión en vía de los tribunales. Este tercer aspecto sería el represivo, es decir, el control de todas aquellas conductas que puedan ser contrarias al principio constitucional del artículo 14 de no discriminación por razón de sexo, desarrollado en el ámbito de la no discriminación de la mujer trabajadora. Ésta es la función que puede desempeñar el Ministerio Fiscal. Dentro de este papel, las dos primeras, podemos tenerlas más o menos claras a nivel personal, pero a nivel institucional no podemos entrar en ellas. Por lo tanto, nuestra vía es la tercera.

Para ver qué papel puede desempeñar el Ministerio Fiscal en esta vía, primero tenemos que hacer una referencia obligada, aunque pueda ser peliaguda, peligrosa o pantanosa, sobre quién es el Ministerio Fiscal en nuestro país. En este sentido, hay muchas opiniones, algunas de ellas interesadas, otras subjetivas y otras ignorantes. Para que no sea una visión subjetiva hay que ir a la Constitución Española. Vamos a ver quién es el fiscal en la

Constitución, en la ley, y en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Veremos cuál es su misión constitucional, que era el primero de los episodios en los que yo me quería mover para llegar a analizar cuál es nuestra función.

La función constitucional del Ministerio Fiscal se contempla en el artículo 124 de la Constitución Española. Ahí se dice que su misión es promover la acción de la Justicia ante los tribunales en defensa de los derechos de los ciudadanos, del interés público tutelado por la ley, y procurar ante estos la satisfacción del interés social; es decir, desde el principio vemos que la función del Ministerio Fiscal no es el interés gubernamental coyuntural de cada momento, ni del Estado siquiera. En muchas ocasiones, el fiscal va en contra del Estado, especialmente en el ámbito de la protección de derechos fundamentales. Es frecuente que el fiscal se encuentre en una posición contrapuesta al Estado defendiendo los derechos individuales de los ciudadanos, pero su actuación será ante los tribunales, y deberá abstenerse de realizar indicaciones generales sobre cómo debe actuar la administración.

El fiscal tiene que ejercer su función promoviendo él mismo las acciones que crea oportunas, según la Ley 50/81, oponiéndose a aquellas injustamente interpuestas ante los tribunales, ya sea informando o recurriendo. En este sentido hay muchas disputas al respecto, porque si no estamos de acuerdo con los tribunales tenemos los recursos, que son los mecanismos legales; de hecho, se recurre en muchas ocasiones, y esa es nuestra función, no la de dar directrices a las administraciones.

En el artículo 124.2 de la Constitución se habla de que, para el cumplimiento de sus fines, el fiscal se someterá a la dependencia jerárquica, a la unidad de actuación. Y aquí es donde estriba toda la polémica: el fiscal no es independiente, no puede ser objetivo porque tiene dependencias jerárquicas. La cabeza de la fiscalía es el Fiscal General del Estado, y existe la creencia de que éste es dependiente del Gobierno, por lo tanto, la fiscalía también lo sería. Y esto no es cierto. Este recorrido que acabo de hacer es totalmente falso conforme a la Constitución y la ley. Insisto en que el artículo 124.2 nos dice que el fiscal, en todo caso, se someterá a los principios de imparcialidad y de legalidad; es decir, la dependencia jerárquica como principio de actuación es un medio para cumplir nuestras funciones, nunca la esencia de la fiscalía. El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/81) así lo recoge expresamente. Habla de la autonomía funcional del Ministerio Fiscal y cita la palabra independencia. Hay muchos reparos entre los fiscales en el hecho de no poder ser independientes, porque aquí lo único independiente es el poder judicial, lo dice la ley en su artículo 72. El verdadero obstáculo podría ser el nombramiento del Fiscal General del Estado a propuesta del Gobierno, previa audiencia del Consejo General del Poder Judicial. Aquí es donde surgen las mayores polémicas. Pero este nombramiento del Fiscal General del Estado por el Gobierno no supone una supeditación de uno al otro, por el sencillo motivo de que hay dos Magistrados del Tribunal Constitucional que también son nombrados a propuesta del Gobierno, y eso no quiere decir que dependan de él. Hubo un Fiscal General del Estado, D. Carlos Granados, al que una vez se le preguntó cuáles eran sus relaciones con el Gobierno, y el manifestó que únicamente eran aquellas que recogía la ley en los artículos 8 y siguientes del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

El Gobierno podrá instar una actuación concreta ante los tribunales y en interés de la ley a través del Fiscal General del Estado, y éste, una vez oída la Junta de Fiscales de Sala, resolverá lo que estime oportuno y así lo comunicará al ministerio. Eso es lo que dice la ley, y otra cosa distinta es que cada Fiscal General del Estado o cada Gobierno hagan lo que les parezca pertinente en cada caso concreto. La Fiscalía General del Estado tendrá que presentar una memoria al Gobierno, y ésta podrá ser llamada ante el Consejo de Ministros para dar explicaciones, cosa que sucede también con el Parlamento, y no por ello se dice que el fiscal dependa del Parlamento.

A nivel autonómico, si algún Consejo de Gobierno de Comunidad Autónoma quiere promover alguna actuación del fiscal en interés público ante los Tribunales, como es lógico, tendrá que hacerlo por conducto del Ministerio de Justicia, a través del Fiscal General del Estado; y el propio Fiscal General del Estado, de nuevo por ese procedimiento de oír a los fiscales de sala, resolverá lo que estime oportuno.

Una vez que ya sabemos quién es el fiscal en la Constitución y en la ley, vamos a ver quién es el fiscal en el orden jurisdiccional social. Existen cuatro órdenes jurisdiccionales: penal, civil, social y contencioso-administrativo. Me voy a ocupar en primer lugar del orden social porque es el que más interesa en este caso.

El desarrollo de lo establecido en la Constitución sobre la misión del fiscal, se ve también en el artículo 33 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El fiscal tiene como misión defender los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos. Esto está recogido en los artículos 14 a 29, con inclusión del 30.

El orden jurisdiccional social es el que se encarga de las controversias entre empresarios y trabajadores. Esto se ha desarrollado por medio del procedimiento de tutela de derechos fundamentales, recogido en los artículos 175 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral. Realmente, la Ley de Procedimiento Laboral es un auténtico modelo de lo que debe ser una ley. De hecho, continuamente vienen magistrados desde fuera para aprender de ella. La espectacular intuición de la Ley de Procedimiento Laboral se traduce en el procedimiento de tutela para la protección de los derechos fundamentales de forma específica. Parte se va al Ministerio Fiscal, expresamente así lo dice el artículo 175.3, que tendrá un procedimiento diferente y urgente ante los tribunales conforme dispone el artículo 177 del texto procesal, impidiendo, así, una acumulación de actuaciones. El fiscal se limitará solamente a ver si se ha vulnerado o no el derecho fundamental, sin entrar en más consideraciones. La pieza maestra de todo el procedimiento es lo contenido en el artículo 179.2.

El procedimiento probatorio habitual en nuestro derecho incumbe a quien alega y no a quien niega. Aquí se rompe por una vía verdaderamente excepcional, la de los indicios en materia de derechos fundamentales. Basta con que se aporten unos indicios de posible vulneración de derechos fundamentales para que se invierta la carga de la prueba, y sea la parte contraria, a la que se acusa de la vulnerabilidad del derecho fundamental, quien tenga que dar una justificación objetiva y razonable de la proporcionalidad de su actuación. En esta inversión de la carga de la prueba radica la protección de los derechos de la mujer trabajadora ante los tribunales. ¿Cómo se interpretarán estos indicios? y ¿cómo se interpretará esa inversión de la carga de la prueba? Aquí es donde está toda la esencia. Este sistema probatorio es muy acertado, porque implica que, en materia de derechos fundamentales, el empresario no puede ampararse en una posición cómoda u obscurantista. Cosa que sí sucede, por ejemplo, en derecho penal, en el que el acusado no tiene que probar nada. Esto no ocurre en materia de derechos fundamentales. De hecho, sólo existe este precepto en el orden social, ni en el contencioso-administrativo, y menos aún en el penal.

Generalmente, no hay ningún inconveniente en acoger un único indicio para trasladar la carga de la prueba, por el sencillo motivo de que basta con que el empresario explique, de una forma razonada, que no está vulnerando el derecho fundamental. Lo que no sirve es parapetarse en no dar explicaciones, porque sí hay que darlas, y después serán valoradas. Si se estima que son válidas, se darán como buenas. Eso es lo que dice la Ley de Procedimiento Laboral, en el artículo 179.2. Después, vienen las modalidades procesales y la revisión al despido. Aquí se planteó si el fiscal intervendría o no en los despidos cuando se vulnera un derecho fundamental. Hay que tener en cuenta que el fiscal solamente va a intervenir en el orden social cuando haya una vulneración de derecho fundamental. Porque sería absolutamente imposible que asistiéramos a todos los juicios que se hacen en los diez juzgados de Málaga, por ejemplo. En otras fiscalías distintas a la nuestra se planteó que no se acudiría más que al procedimiento de tutela del artículo 175 y siguientes. ¿Qué pasa con los despidos que obedecen a una discriminación por razón de sexo? El fiscal no está llamado en la ley, no se dice expresamente que tengamos que acudir. Hablábamos antes de que en Málaga hay una sección de Protección de Derechos Fundamentales en el orden social y contencioso-administrativo. Esto es un término que no debe llevarnos a error, porque no existe tal sección legalmente. Existe, probablemente, la sección de menores a nivel legal, y la previsión de fiscales que se ocupen del tema de violencia doméstica, de las materias civiles. Pero la sección de lo social y de lo contencioso no existe como tal en Málaga. Por eso, yo le propuse esa posibilidad al Fiscal Jefe cuando tomó posesión de su

cargo, y aceptó debido a su sensibilidad con la materia. Desde entonces, he sido el fiscal encargado en exclusiva de este tema a nivel de mi trabajo particular. De hecho, yo sigo interviniendo en todos los órdenes jurisdiccionales, excepto en el civil; sigo en juicios penales, en guardias penales y en contencioso-administrativo. Y sigo porque no tengo más remedio, ya que, pese a los esfuerzos del Fiscal Jefe a la hora de repartir la carga de trabajo, no hay medios personales ni materiales suficientes para crear una verdadera sección específica para esta materia que nos ocupa. Por eso, anticipo que en muchas ocasiones el fiscal está citado y no asiste, y el motivo no es otro que porque está ocupado en otras materias. No hay que olvidar que los juicios son diarios y de larga duración, y resulta imposible acudir siempre que haya citación. Yo sostuve que teníamos que acudir al mayor número de juicios posible, siempre que el servicio lo permitiera. Porque lo importante no es acudir cuando la ley lo dicte, sino siempre que se haya vulnerado un derecho fundamental, sea el caso que sea. Posteriormente, se dictó una sentencia del Tribunal Supremo que lo determinó expresamente (29 de julio de 2001). En ella se decía que, en los procedimientos por despido con invocación de derechos fundamentales, se debía citar al fiscal; otra cosa distinta es que éste acuda o no, según lo permita el servicio, y esto es lo que viene sucediendo en Málaga normalmente.

Existen supuestos concretos que nos podemos encontrar. Vamos primero con la fase previa de no contratación. Aquí es donde encuentra su máximo sentido toda la jurisprudencia constitucional. Hay una sentencia de 24 de julio de 2000 que la resume. En ella se resalta esa situación paradójica e injusta de las dificultades que la mujer encuentra en el acceso al empleo; dificultades derivadas de la idea, compartida por toda la sociedad, de que la mujer está en situación de desventaja por su condición potencial de ser madre.

En los siete años que llevo trabajando en el tema no ha habido ningún juicio en el que se haya planteado un supuesto de discriminación en el acceso al empleo. Sucede que son juicios largos y enjundiosos, y a veces se culpabiliza de ello al fiscal. La modalidad sería la de tutela, no la de despido, porque el despido sólo puede darse si la contratan y después la cesan; aquí estaríamos en una tutela, y no ha existido ningún caso.

Por mi parte, no veo descabellada esta ausencia. No se trata de incitar a nadie a que se meta en un procedimiento que pueda estar abocado al fracaso. Pero, desde mi perspectiva, si una trabajadora acude a una empresa y no es contratada por causas que a ella no se le ocurren; o que haga una solicitud de trabajo y no se encuentre con respuesta alguna, debe acudir a un tribunal diciendo que la única explicación que se le ocurre es que no ha sido contratada por ser mujer. Puede que en algunos medios judiciales se diga que ese caso no va a prosperar nunca. Pero, en mi opinión, esa tesis sería un punto de inicio muy adecuado para un procedimiento de tutela. Además, si se ve apoyada por el Instituto Andaluz de la Mujer, que aporte unas estadísticas claras que demuestren que la empresa tiene contratados en su mayoría a hombres, y a ninguna mujer, o algo similar, resultaría más fácil todavía. En lo que a mí respecta, como representante del Ministerio Fiscal, el mero hecho de aportar un indicio objetivo supondría esa inversión de la carga de la prueba. Estamos en materia de derechos fundamentales y el empresario no puede escudarse en que no tiene por qué dar explicaciones, o en que se está afectando su intimidad.

Entre la protección de los derechos fundamentales y la libertad empresarial, que no es un derecho fundamental, debe primar siempre el derecho fundamental. El acusado no tiene más que dar una explicación, que, en ocasiones, es muy sencilla. Haremos uso aquí de una consignación legal de la Ley de Enjuiciamiento Civil: la facilidad y disponibilidad probatoria a la hora de distribuir la carga de la prueba. Es decir, nadie mejor que la empresa para destruir los indicios aportados. El empresario sólo tiene que explicar que la persona contratada, en lugar de esa mujer, ha sido otra mujer; o que se ha contratado a un hombre con una experiencia profesional que le hace más adecuado para el puesto de trabajo.

En todo esto se plantea un problema importante, y es que no es lo mismo proteger derechos fundamentales de ciudadanos frente a la administración o frente a una empresa, donde todo está mucho más claro, que frente a otros ciudadanos. Cuando uno acude al derecho penal se queda atormentadamente insatisfecho. Porque si se

ha producido una violación, por ejemplo, y no hay pruebas contundentes suficientes, y queda alguna duda, esa duda siempre favorecerá al violador. No se puede enviar a la cárcel a ninguna persona si no existe un convencimiento absoluto de que es el autor del hecho criminal. Eso resulta insatisfactorio, porque la sensación que deja es que el autor de la violación está en la calle, en disposición de repetir su crimen. Y además es in dubio porque, aunque aparentemente se haya operado a favor de la parte más desfavorecida, que sería el que va a ir a la cárcel, en realidad a quién ha perjudicado es a la verdadera parte desfavorecida: la víctima, la mujer violada en este caso. En tales circunstancias, el in dubio pro reo no es agradable. Sin embargo, el in dubio en el orden social sí lo es. Las sentencias del Tribunal Constitucional 117/87 in dubio pro-acciones o pro-derecho fundamental sí son satisfactorias; es decir, cuando no hay duda, el fiscal es imparcial y tiene que defender los derechos de todos los ciudadanos: de los criminales, de las víctimas, de los empresarios, de los trabajadores y trabajadoras. Pero cuando exista una duda, el fiscal quedará tranquilo con resolver la duda a favor de la parte más desfavorecida, que es aquella que tiene un derecho fundamental presuntamente vulnerado, y a favor del trabajador o trabajadora frente al empresario.

Pero, como decía antes, no es lo mismo defender derechos fundamentales frente a una empresa o la Administración, que defenderlos frente a otro ciudadano. Recientemente, una Magistrada de lo contencioso me decía que puede suceder que haya una manifestación en Málaga, y el eje por donde discurren las manifestaciones colapsa el tráfico entre la parte este y oeste. Puede haber hospitales y personas que se estén jugando la vida por el hecho de no poder pasar, y eso es mucho más importante que cualquier otra cosa, aunque el derecho fundamental de manifestación también sea prioritario en la vida cotidiana. En este caso, el Ministerio Fiscal tiene una dialéctica mucho más dura, porque debe proteger derechos fundamentales de ciudadanos frente a derechos fundamentales de ciudadanos, y aquí hay que afinar muchísimo más.

Vamos a suponer que una mujer trabajadora o aspirante a serlo dice que no ha sido contratada por ser mujer: procedimiento de tutela, inversión de la carga de la prueba, y la empresa tendrá que alegar. La empresa puede plantear que no ha contratado a esa mujer, pero ha contratado a un hombre. Desde luego, ese hombre estará interesado en el procedimiento, porque en caso de sentencia estimatoria habrá que analizar cuál de los dos tiene el mejor derecho, y si es la mujer, éste quedará despedido automáticamente. A nivel legal esto no es así. Hay una sentencia de 20 de diciembre del 1993 de la sala de lo social en Málaga, del TSJA, en donde se decía que las controversias laborales en materia de contratación, son exclusivas entre el empresario y el trabajador; y, por lo tanto, no hay ni por qué citar a terceros. Además, el empresario, en el caso de haber actuado incorrectamente, tendrá que cargar él con los resultados de esa contratación indebida; es decir, no estará legitimado para despedir a esa otra persona. El empresario no podrá alegar que no puede mantener a los dos trabajadores en el mismo puesto, sino que, simplemente, debería haber afinado más en el momento de la contratación.

Después, entramos en la fase posterior: el despido, o el período de prueba y no renovación. La Ley 39/99 da un avance importante en el tema de los derechos de la mujer trabajadora en materia de despido con la reforma del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores. Introduce expresamente una causa de despido objetiva, y es que la coincidencia cronológica de un despido de una mujer con su etapa de embarazo lo anula, salvo que se pruebe la procedencia. Si la mujer embarazada ha cometido una de las causas tasadas de despido, y no cabe la más mínima duda al respecto, podrá ser despedida. Porque la cuestión no es que la mujer trabajadora tenga una patente de corso para que en ningún caso pueda ser despedida. Aquí el legislador ha acertado plenamente, ya que los agentes sociales están cansados de que no funcione la carga de la prueba en algunas empresas, que suelen parapetarse en la no suficiente capacidad probatoria.

El legislador decide cortar con esta situación, al menos en el caso de las mujeres embarazadas, porque hay que primar los derechos fundamentales de la mujer trabajadora. Aun así, ha habido supuestos complicados en Málaga, en concreto, en el juzgado de lo social. Éste se atiene al criterio objetivo cronológico, y dice que lo único



que tenemos que mirar en estos procedimientos es la fecha del embarazo, la fecha del despido, y si coinciden, la situación está clara. Pero uno de los juzgados de lo social, en su conciencia de creer que, jurídicamente, las cosas no eran así, se plantea que la nulidad o procedencia en términos radicales o maniqueístas no es correcta; y que, por lo tanto, debe caber la improcedencia en los despidos de mujeres embarazadas. Uno de los argumentos que esgrimía era que qué pasaba en el caso de que fuera la propia mujer la que no quisiera la nulidad, la que no quisiera seguir en la empresa.

Conozco una sentencia de 31 de enero de 2001, en la que se decía que la nulidad es de carácter indispensable, de orden público, y que, por lo tanto, el juez no puede más que declarar la nulidad cuando así lo establezca la ley y no entrar en más consideraciones. Aun así, el Magistrado llega a la conclusión de que realmente la redacción de la ley no es correcta; vuelve a la exposición de motivos, y reconduce el supuesto de la mujer embarazada a la situación anterior. El procedimiento era relativamente frecuente. La empresa, lo primero que alega, es que no conocía el embarazo de la trabajadora por el sencillo motivo de que ella no se atrevió a decirlo por temor a represalias, como por ejemplo el despido. Es decir, teníamos como hecho probado que la empresa, excepcionalmente, no conocía el embarazo porque ella lo ocultó deliberadamente, y aquí entra el problema. El artículo 55 dice que un despido que tenga como móvil la vulneración de un derecho fundamental entra de lleno en el concepto penal. Hay una sentencia muy clara al respecto, en Málaga de 30 de noviembre del 2001. En ella se dice que esto será en los supuestos del resto de vulneración de derechos fundamentales cuando no se trate de mujer embarazada. En el caso de mujer embarazada, el artículo 55.5 tiene una redacción clara y objetiva y, por lo tanto, aquí no hace falta móvil de ninguna clase, simplemente hay que demostrar la procedencia, de lo contrario, el despido de la mujer embarazada es nulo por disposición legal sin más consideraciones.

Si el despido discriminatorio se ha producido por otro supuesto distinto al embarazo, hay que ver cuál es el mecanismo que sigue el empresario que discrimina a la mujer a la hora de contratarla o de mantenerla en su puesto de trabajo. ¿Qué pasa si el despido viene después del tiempo de licencia de maternidad? Aquí la ley no da la cobertura que otorga la cobertura general. De alguna manera hay que aportar el indicio, y debe ser la empresa la que se preocupe de probar el móvil ajeno.

Un repaso rápido al período de prueba se puede concertar, según el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, en dos o tres meses más o menos según el número de trabajadores en la empresa. ¿Qué pasa si en ese período de prueba se produce un embarazo y no se supera dicho período? El Tribunal Superior de Trabajo, en el año 82, dijo que en período de prueba no hay por qué dar explicaciones. Dice expresamente: no hay que ir a ninguna de las causas del despido, sino que basta con decir que no se ha superado el período de prueba, dándole una discrecionalidad al empresario en esa balanza entre libertad empresarial y derecho de los trabajadores. Eso puede valer siempre que no haya una vulneración de derechos fundamentales, pero si la hay, aunque la mujer no estuviera contratada, estaríamos ante un supuesto objetivo de discriminación.

Y, para terminar, voy a referirme a la no renovación de contratos temporales. Es decir, contratos que se han ido renovando de forma más o menos correcta y, de pronto, coincidiendo con un embarazo o matrimonio, se produce la no renovación. Hubo un caso en el que la trabajadora acude a los tribunales alegando que el único motivo para que no se haya producido la renovación es su matrimonio. Porque cuando no tenía perspectiva de ser madre no había problema. Se celebra el juicio y los indicios presentados fueron suficientes: había sido renovada en varias ocasiones y, ante una licencia matrimonial, se produce la no renovación. La empresa alega que fue contratada porque habían aumentado las previsiones del mercado, pero que actualmente éstas habían disminuido. Entonces, lo primero que hay que mirar es si han contratado a otra mujer en su lugar, si no lo han hecho, hay que ver si verdaderamente las circunstancias han disminuido, porque si son las mismas que cuando se le contrató o se le renovó, no hay causa de peso para que se produzca el despido. Así fue, y se entendió que la causa de la no renovación había sido claramente su licencia matrimonial y su condición de mujer potencialmente madre. Lo pri-

mero que dicen las empresas en estos casos es que no se trata de un despido, sino de una extinción de contrato temporal por vencimiento del término. En varias sentencias se ha dicho que la no renovación por causas discriminatorias de un contrato temporal es un despido nulo, y así ha de ser calificado; y ese fue el pronunciamiento en este supuesto concreto.

## Turno de debate

**Pregunta.** Soy sindicalista y llevo tiempo trabajando en estas cuestiones. Por mi experiencia sé que ha habido una evolución tanto en la sensibilidad de muchos fiscales y jueces en los juicios, como en las propias sentencias que se obtienen. También es verdad que algunas leyes han facilitado este cambio, como las que se han mencionado anteriormente. Pero quería centrarme en una cuestión que pasa desapercibida en muchas ocasiones porque apenas hay denuncias; me refiero a aquellas mujeres que quieren acceder a una profesión en la que no son bienvenidas porque los que trabajan en ella son, mayoritariamente, hombres. Lo que ocurre, en principio, es que las propias mujeres se escudan de acudir a este tipo de profesiones, como es, por ejemplo, la construcción. Y cuando son rechazadas no demandan, y no lo hacen por dos cuestiones fundamentales: la primera de ellas es porque es difícil demostrar que te han excluido por ser mujer; y la segunda, porque los juicios suelen ser lentos y la inversión de la carga de la prueba complicada.

Donde también hay que insistir es en el tema de la discriminación por maternidad, embarazo o matrimonio. Porque es ahí donde las mujeres están siendo despedidas continuamente. Voy a contar el caso de una mujer que fue despedida por razón de embarazo; el despido se consideró nulo y fue readmitida. A los dos años se vuelve a quedar embarazada y no lo comunica en la empresa por miedo a que la vuelvan a despedir. Y así actúa la empresa, alegando que su trabajo ya no es necesario porque ha cambiado el organigrama empresarial. El juez, curiosamente, lo declara improcedente, cuando había una nulidad anterior, y era evidente el desconocimiento por parte de la empresa de que estaba embarazada. Este tipo de incongruencias llaman a confusión y a que las mujeres no se decidan a denunciar. Ocurre que muchas mujeres, para no volver a estar con el propio empresario, aceptan una indemnización y no denuncian. Lo extraño es cómo se pueden entender esas dos sentencias con una misma ley.

**Respuesta.** El problema del acceso al trabajo en determinadas profesiones es una materia que excede del Ministerio Fiscal. El primer problema es el de conciencia cultural, y ahí es donde hay que trabajar. Hay que profundizar en el tema de la doble presencia. Todo esto son sólo parámetros sociales de superación. Sobre el tema del acceso de las mujeres a trabajos que no son considerados propios de ellas, ya sea porque requieran un esfuerzo físico u otro motivo, tengo que decir, primero, que hay que respetar la libertad de la mujer incluso cuando no estemos de acuerdo con ellas; y si determinadas mujeres no quieren acceder a ese puesto de trabajo porque no lo consideran oportuno, también hay que respetarlo.

Otra cosa distinta es el aspecto jurídico. A nivel legal no se contempla la posibilidad de discriminación a mujeres en ningún tipo de trabajo. Aunque puede haber alguna reglamentación específica para evitar cualquier tipo de problema en un empleo concreto.

Ciertamente, uno de los prejuicios existentes a la hora de excluir a las mujeres de este tipo de trabajos que requieren esfuerzo físico es que éste es un dato objetivo. Pero en una sociedad avanzada, el hecho de que una mujer tenga menos fuerza física que un hombre debe ser absolutamente irrelevante para acceder al mercado de trabajo. Lo que ocurre es que el empresario está legitimado para evitar cualquier tipo de problemas en su empresa, y para eso puede establecer reglamentaciones. Aquí se puede alegar que hay hombres mucho más débiles

que algunas mujeres; y ahí es donde, jurídicamente, podría plantearse la posibilidad de reglamentar determinadas profesiones en las que el esfuerzo físico es necesario. Pero mientras no se produzca esa reglamentación, nosotros tenemos que trabajar con la ley; y ésta no admite esa discriminación, nosotros legalmente no podemos admitirla. Por lo tanto, el problema de una mujer que quiera acceder a un puesto de trabajo en el que se requiera un esfuerzo físico, y se le haya denegado por su sexo, es un problema como el de cualquier otra profesión. En muchas ocasiones, en mi profesión hay que hacer abstracción de tus ideas personales y sostener las contrarias si así te obliga la ley, tanto en un sentido avanzado como en el retrógrado. La ley está dictada por el Parlamento, que es soberano al respecto, y los jueces y fiscales no podemos alterarla, porque invadiríamos la separación de poderes para contravenir a la ley. Nosotros sólo somos intérpretes y aplicadores de la misma.

Ésa es la situación actual. Y mientras no haya reglamentación, hay que partir de las premisas de que ese acceso tiene que darse en situaciones de igualdad. Otra cosa distinta es que se rompan los prejuicios y los complejos en cuanto a la discriminación positiva.

**Pregunta.** La práctica con la que yo me he encontrado habitualmente es que la actuación del Ministerio Fiscal no es muy activa en este orden. Pienso que su intervención no se atiene a la realidad que nos encontramos día a día. De hecho, en los asuntos que hemos llevado en el Servicio de Tutela de Derechos Fundamentales, el Ministerio Fiscal se ha limitado a estar presente en el juicio y nada más.

**Respuesta.** La Fiscalía de Málaga, en la que desde el año 96 soy el fiscal encargado de este servicio, está en fase de avance gracias al Teniente Fiscal Antonio Morales, un hombre sensible en esta materia. Estamos intentando mejorar este servicio, pero los medios materiales y morales son muy pequeños; de hecho, ya he dicho que se hacen juicios de esta naturaleza sin la presencia del fiscal, porque tenemos que atender antes los servicios penales, donde sin fiscal no se puede celebrar el juicio. También tenemos que atender los derechos fundamentales en el orden contencioso-administrativo y en el civil. No sé cuál será la situación en otras fiscalías, pero seguro que lo mismo que aquí: harán lo que puedan y se cubrirá el mayor número posible de servicios. En lo que no estoy muy de acuerdo es en que la mera presencia en el juicio del fiscal sea una posición inactiva. La función del fiscal es la de ir a juicio para defender con un informe lo más motivado posible, si cree que ciertamente ha habido una violación del derechos fundamentales; si cree que no, tendrá que negarlo y defender la posición jurídica, aunque la sentencia no sea a su juicio correcta. El fiscal no tiene más facultades, y no creo que sean pocas. Otra cosa distinta es que su posición concreta sea activa o pasiva; ahí no puedo entrar.

Así creo que debe interpretarse también en el caso de las sentencias contradictorias. En España hay cinco mil jueces y dos mil fiscales. Con estas cifras, no podemos pretender que todos opinen de la misma manera. Es normal que se produzcan contradicciones en las diferentes sentencias. Para eso están los recursos, que en el orden social funcionan especialmente bien. Hay un recurso de casación en la Ley de Procedimiento Laboral para unificación de doctrinas bastante eficaz. Aun así, sigue habiendo lagunas y decisiones de un juez que contradicen a otro. Todos tenemos nuestras opiniones y, normalmente, creemos que se ha hecho justicia cuando nos han dado la razón. Por eso, hay que ser algo más flexibles en este aspecto, porque estamos convencidos de nuestros criterios; pero el hecho de que otra persona no opine lo mismo, no quiere decir que esté equivocada. Cuando se producen dos sentencias contradictorias, el sistema es un recurso para la unificación. En el caso de la nulidad, la ley es clara. Ahora bien, uno de los temas que a mí se me plantearon en su momento fue la posibilidad de conciliación en materia de derechos fundamentales. Los jueces me dijeron que la materia de derechos fundamentales, al ser de orden público, no es conciliable. Lo que hice fue consultar a la Inspección Fiscal de Madrid. Planteé que me parecía inadecuado imponer mi criterio a una trabajadora por encima del suyo, si ésta, por cualquier motivo, no quería seguir con su procedimiento. Pienso que, en temas laborales, el fiscal no es quién para ir por encima de ella si no quiere continuar. Si se planteara el supuesto específico de una trabajadora que, una vez obtenida su nulidad, renunciara a ella porque no quiere seguir trabajando en la empresa, habría que aceptarlo. Por esa razón,

es necesario flexibilizar al máximo el contenido de la ley en beneficio de los derechos de la mujer trabajadora, que es lo que queremos conseguir, y no estar demasiado encorsetados.

**Pregunta.** Decías que en la situación de que una mujer estuviese embarazada sólo hay posibilidad de un despido nulo, o procedente. Pero esa mujer puede plantearse que al volver a la empresa el empresario no la quiera, y eso es muy duro. Aunque también es duro que pretendan despedirte con un despido procedente. Por eso, yo creo que la tercera vía de la improcedencia también es necesaria en muchas ocasiones.

**Respuesta.** Uno de los juicios de derechos fundamentales más frecuentes que tengo es la invocación del artículo 24 en su faceta de tutela judicial efectiva por el derecho a la integridad. Implica que ningún trabajador o trabajadora puede tener represalia alguna por haber acudido a los tribunales para demandar ante ellos. Esto quiere decir que si una embarazada es despedida, y vuelve a su puesto de trabajo porque se declara nulo el despido y, pasado un tiempo, la despiden, podrá invocar el artículo 24, que habla de las represalias por haber demandado.



# Las administraciones y la igualdad en el acceso al empleo

## Inmaculada Montalbán Huertas

- Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de la Sala de lo Contencioso Administrativo en Granada.
- Presidenta de la Comisión de Violencia de Género de Jueces para la Democracia.
- Premio Meridiana año 2000 en Granada, por su trabajo en la defensa de la igualdad.
- Bandera 2003 de Granada a propuesta de la Delegación de Justicia y Administración Pública.



El orden contencioso-administrativo tiene como función revisar lo que las administraciones realizan. Lo que hace es volver a ver el trámite que ha sido llevado a cabo por la Administración, y concluir si lo que ha hecho es conforme a la ley o no; dictaminar si se ajusta al derecho. Si se ajusta a la legalidad lo que ha hecho la Administración y es válido, las acciones de la Administración continúan; si concluye que no, la jurisdicción de lo contencioso deja sin efecto esas decisiones. Por eso, mi actividad en la sala de lo contencioso es la de revisar todo aquello que realicen las administraciones.

Para enlazar esto con la discriminación laboral de las mujeres se pueden abrir muy diferentes frentes, ya que es un tema bastante amplio que alcanza muchos ámbitos. En primer lugar, habría que analizar cuál es la relación actual existente entre las mujeres y las administraciones, siempre dentro del marco laboral. Hay que empezar a pensar en la naturaleza de las mujeres y de las administraciones; un poco al hilo de lo que dijo Virginia Wolf cuando le pidieron que relacionara las mujeres y las novelas: todos sabemos que una mujer para escribir buenas novelas necesita una habitación propia e independencia económica. En ese sentido, vamos a intentar sacar alguna idea sobre cuál es la situación actual de las mujeres y las administraciones. Digo actual porque, desde que Virginia Wolf abordara a principios del siglo XX el tema de la independencia económica de la mujer, los textos legislativos han ido reconociendo progresivamente los derechos de las mujeres, aunque de manera desigual. Yo voy a referirme a ellos, marcando un hito: la Constitución Española de 1978.

Antes de la Constitución del 78, las legislaciones y, sobre todo las de época franquista, tenían una concepción eminentemente patriarcal de la situación de la mujer. Hasta el año 1975 la mujer casada debía obediencia al marido, necesitaba autorización para abrir negocios, e, incluso, para disponer de su patrimonio propio. En 1970 se elaboró una ley que ampliaba la capacidad de obrar de la mujer; en su exposición de motivos tenía una "perla" que denota cual era la ideología de la legislación en aquellas tiempos, decía: "se contempla, por tanto, la posición peculiar de la mujer casada en la sociedad conyugal en la que, por exigencias de la unidad matrimonial, existe una potestad de dirección que la naturaleza, la religión y la historia atribuyen la marido". Estos pronunciamientos son de la segunda mitad del siglo XX, aunque recuerdan a la edad media.

La Constitución del 78 incorpora el valor de igualdad para todas las personas y prohíbe la discriminación por razón de sexo. Éste va a ser nuestro punto de partida en la reflexión actual. Concretamente, el artículo 14 parte del mínimo de que las leyes no pueden establecer diferencias por razón de sexo; y en la aplicación de esas leyes también se prohíben esas diferencias perjudiciales por sexo, raza, u otro tipo de condición. El problema no es tanto la ley, que la tenemos, sino su aplicación. Y es un problema tremendamente complejo porque se da no sólo cuando hablamos del derecho de igualdad, sino también en la violencia de género, familiar, etcétera. En muchas ocasiones se plantea el problema de la aplicación de las leyes penales para combatir un fenómeno tan dramático como el de los malos tratos. Por eso, tenemos que tener claro que no sólo necesitamos las leyes y sus declaraciones, sino que también es básico que haya una aplicación adecuada a la realidad.

Si bien desde el 78 tenemos consagrado el principio de igualdad entre hombres y mujeres lo cierto es que, en una ponencia que se aprobó en la Comisión de Trabajo y Seguridad Social en el Senado en diciembre del 99,



se decía que el paro femenino duplica al masculino un 22 por ciento, frente al 10,57 por ciento, según una encuesta de población activa del tercer trimestre del 99. Además, las mujeres cobran una media del 75 por ciento menos que los hombres, y el 70 por ciento de los contratos temporales son femeninos. Por lo tanto, la diferencia entre lo que la Constitución dice y lo que la práctica nos enseña es enorme. Nosotros, como fuerzas sociales, lo que tenemos que hacer es reflexionar sobre las medidas que hay que tomar para salvar esas diferencias entre la ley y la realidad. La propia Constitución, en su artículo 9.2, establece un mandato y un instrumento clave: la idea de los poderes públicos como poderes dinámicos. Dice: "los poderes públicos están obligados a eliminar los obstáculos que impidan que estos valores como el de la igualdad se realicen en la práctica; que los poderes públicos tienen la obligación de hacer reales esos valores consagrados en la Constitución". Los poderes públicos son el ejecutivo, el legislativo y el judicial. Son los tres poderes públicos clave y la estructura de nuestra Constitución. Cada uno de ellos tiene una doble vertiente: por una parte, de decisión política, y, por otra, organizativa. Ésta última es fundamental porque, para llevar a cabo sus políticas, necesita medios materiales y humanos, una organización de personas.

Con esto ya podemos empezar a reflexionar sobre cuál es la situación actual de las mujeres en esas organizaciones; qué posición ocupan dentro del poder legislativo, del poder ejecutivo y del judicial. También podemos preguntarnos si resultaría positivo para la sociedad, y para que los poderes públicos actuaran como motor para hacer realidad esos valores de igualdad, que hubiera más mujeres dentro de cada uno de ellos. Éste es un reto muy importante porque tenemos que reflexionar, en primer lugar, en qué son las administraciones y cuáles son sus funciones en el Estado Democrático y Social de Derecho. Y después tenemos que pensar cómo esas administraciones, promoviendo el acceso de la mujer, pueden conseguir que efectivamente los poderes públicos actúen como motor. También hay que ver cómo pueden insertarse las mujeres en los tres poderes del Estado, tanto en su ámbito de decisión política, como en el de actividad organizativa, para conseguir que actúen de manera dinámica y logren implantar los valores de igualdad.

Cuando se habla de las administraciones se suele pensar en algo burocrático y funcionarial. Ésta es una idea que hay que superar porque no es real. Son organizaciones que se crean con las leyes para servir a su comunidad y perseguir el interés general; es decir, hay que partir de una concepción dinámica de las administraciones. Nuestra Constitución se asocia con el Ejecutivo, y dentro de la Constitución se habla de Gobierno y de Administración. Lo cierto es que, dentro de cada organización, hay dos tipos de actividades: la política y la administrativa. Esto, a nivel teórico, es fácil de diferenciar; porque la actividad política consiste en señalar los objetivos a conseguir en beneficio de la comunidad, y normalmente se caracteriza por la idea de oportunidad, es decir, la oportunidad de decisión para el beneficio de la sociedad. Por el contrario, desde un punto de vista teórico, la vertiente administrativa es aquella que se dedica a ejecutar, por sus órganos, dichas decisiones políticas. Como decimos, esa diferencia, que en teoría es muy clara, en la práctica no es tal. Nos encontramos con que hay actividades políticas o de oportunidad que necesariamente conllevan una actividad administrativa; y, de otra parte, hay actividades que parecen administrativas, pero que encierran decisiones políticas. Por ejemplo, una decisión que puede parecer administrativa, como es conceder una subvención a una asociación de mujeres maltratadas, en el fondo es una opción política.

Esta doble vertiente política y administrativa se complica aún más cuando se piensa que estamos en un estado que tiene una configuración constitucional, donde existen diversas administraciones. Muchas pertenecerán a la administrativa central del Estado, otras a las de las comunidades autónomas, municipales, institucionales, corporativas; y toda esta pluralidad de administraciones, cada una con su ámbito y autonomía, desarrollan tanto la actividad política como la administrativa.

Si mantenemos que los poderes públicos tienen el mandato de ser poderes dinámicos, y acabamos de decir que estos se sirven de las administraciones públicas, central, autonómica, municipal e institucional para adoptar y ejecutar sus decisiones políticas, resulta evidente que las administraciones públicas en un Estado Democrático y

Social, como es el nuestro, deben ocupar un importante papel en la promoción de los derechos constitucionales; entre ellos el derecho de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Es decir, las administraciones públicas serán las encargadas de potenciar estos derechos.

Ya sabemos que las administraciones no son sólo burocracia, sino que también engloban decisiones políticas, por lo tanto, podemos enlazar esta capacidad dinámica con el derecho de igualdad que el artículo 14 reconoce.

En una visión global del texto constitucional, y esto lo dice Ruth Rubio, son escasas las menciones expresas a la mujer. Sin embargo, son muchos los artículos que se refieren al principio de igualdad: artículo 1, igualdad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico; 9.2; y 14, que es el que recoge de manera expresa el derecho de igualdad, con el plus de que, precisamente por encontrarse en donde está, es susceptible de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. En la jurisdicción contenciosa, desde el año 98, hay un procedimiento especial de derechos fundamentales donde se puede hacer valer el derecho de igualdad. Es un procedimiento muy rápido y ágil, que se tramita en los juzgados de lo contencioso-administrativo. Desde mi experiencia, puedo decir que apenas en dos ocasiones he visto una demanda de protección de derechos fundamentales por vulneración del derecho de igualdad. Con esto lo que quiero apuntar es que, como todavía no se articula, no se hace valer, porque todos sabemos que existen tales situaciones.

Cuando los teóricos analizan el artículo 14 vienen a decir que el derecho de igualdad distingue entre el derecho de igualdad en la ley, como derecho que se tiene frente al poder y al legislador, que no puede diferenciar situaciones iguales; y el derecho de igualdad ante la ley, que quiere decir que, cuando se aplica la ley en estos casos, tampoco cabe diferenciar por razón de sexo, raza, nacimiento u otras condiciones. Dice Ruth Rubio que este artículo lo que hace es establecer un mandato genérico de igualdad. Este mandato se complementa con que el resto de los derechos que la Constitución reconoce son más aplicables a las mujeres. Es decir, la mujer, aunque expresamente no esté recogida la referencia, tiene el mismo derecho que el hombre a los bienes que expone la Constitución, tales como la vida, la integridad física, moral y personal. Y con esto quiero fijar la atención en uno de los derechos que va a entrar en juego. Y es que la mujer, al igual que el hombre, tiene derecho a participar en la sociedad. Lo dice el artículo 23 de la Constitución. La mujer tiene derecho a participar en los asuntos públicos y a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos. Ésta es una doble vertiente del derecho de participación que también los poderes públicos tienen la obligación de promocionar, porque así lo dice la Constitución. Aquí se plantea el dilema de que, si el artículo 14 proclama el derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, puede dar problemas al diferenciar grupos socialmente discriminados. Es decir, el artículo 14, que prohíbe la discriminación por razón de sexo, puede chocar con el 9.2 cuando dice que los poderes públicos tienen que avanzar en la igualdad; porque dentro del 9.2 es donde tienen cobijo las actuaciones de acción positiva, y éstas suponen, en teoría, una discriminación, un conflicto con el artículo 14.

Se suele decir que este tipo de medidas suponen una vulneración al derecho de igualdad, que también está reconocido para los hombres en el artículo 14. La réplica a esto es que la Constitución, el artículo 9.2 y un Estado Democrático y de Derecho, exigen que se hagan realidad los valores proclamados en la Constitución. Y para conseguirlo hay que compensar situaciones de desventaja, como las de los grupos sociales tradicionalmente relegados, con acciones positivas. Eso mismo ocurre con el caso de las acciones positivas para acabar con el tema de la inferioridad de la mujer en la vida social y, especialmente, en el ámbito del empleo y las condiciones de trabajo.

En esta situación, las administraciones son fundamentales para hacer reales los valores de igualdad proclamados en la Constitución. Lo que ocurre es que nos encontramos con que el derecho de igualdad es para hombres y mujeres, pero hay situaciones en las que se puede quebrantar este derecho al establecer medidas positivas para superar la histórica inferioridad que las mujeres han tenido en las administraciones, tanto en su vertiente pública, como política.

El artículo 23.2, cuando regula el derecho a acceder en igualdad a las funciones y cargos públicos, se refiere tanto a las funciones de carácter representativo, es decir, aquellas que son elegidas, como a cargos propios de la función pública. Lo que ocurre es que, en este último caso, hay un artículo, el 103, que apostilla que el acceso a la función pública debe ser, también, en atención a los criterios de mérito y capacidad. Estos conceptos de mérito y capacidad en la práctica se convierten en mero escudo para conseguir el acceso de las mujeres a la función pública. Esto sucede porque todavía ambos conceptos siguen anudados a lo que, tradicionalmente, han sido méritos de los hombres. Lo vamos a analizar con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que recomienda a los estados miembros el establecimiento de los méritos que, aparentemente, son neutros. Ya que, desde siempre, han beneficiado a los hombres. Es especialmente importante conocer los puntos de mérito e igualdad, porque continuamente estamos oyendo el discurso de que a la función pública sólo acceden los que tienen más méritos, y se olvida que se está valorando con criterios de hombres, tradicionalmente meritocráticos. Al olvidar ese tema, se está desfavoreciendo el acceso de la mujer a la función pública.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español parte de la idea de que los cuerpos de funcionarios son estructuras creadas por el derecho; por lo tanto, no puede exigirse un tratamiento igualitario. Esto es algo teórico que en la práctica no se puede sostener. Por eso, el Tribunal Constitucional ha tenido que ir abriendo poco a poco la espita de estas declaraciones en sus sentencias. Hay una del 20 de diciembre de 1999 en la que se afirma que, dentro de la función pública, se debe actuar para evitar las situaciones de desigualdad que se producen. Si se da alguna diferencia de trato en el acceso a la función pública, debe estar justificada objetivamente a la luz de las condiciones de mérito y capacidad; y no carecer de fundamento racional. Es decir, ya se está introduciendo la posibilidad de que exista una diferencia de trato, pero siempre que sea proporcionada en aras a lo que se quiere conseguir con la ley.

Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sólo por ley se podría introducir discriminación positiva a las mujeres para el acceso a la función pública. Pero esta diferencia de trato únicamente estaría justificada en aquellos casos en los que fuera necesaria, es decir, en aquellos sectores públicos donde la mujer estuviera infrarrepresentada. Y tal discriminación sólo será constitucional si no es irracional, en el sentido de que debe seguir teniendo en cuenta los principios de mérito y capacidad.

Esta cuestión que estamos planteando nos lleva a pensar si la mujer debe tener preferencia o no para el acceso a la función pública. Esto se lo ha preguntado el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Lo que ocurre es que en este tema ha habido continuos avances y retrocesos. Por ejemplo, el Tribunal dice que las cláusulas de preferencia absoluta e incondicional no son conformes al derecho comunitario. Está establecido así en la sentencia del caso Kalanke. En esta sentencia se trataba de enjuiciar un supuesto en el que había dos candidatas a una plaza de director de jardinería: un hombre y una mujer. La comisión adjudica la plaza a la mujer atendiendo a una ley que estaba vigente en Bremen, según la cual había que favorecer a las mujeres siempre que estuvieran menos representadas en los cargos directivos. Es decir, era de cláusula automática: si no está representada en cargos directivos, en caso de equivalencia de méritos, hay que optar por las mujeres. En este caso, el candidato masculino reclamó ante el tribunal correspondiente y, finalmente, el Tribunal Europeo estimó su demanda, considerando que la discriminación positiva de la mujer es ilegal cuando se aplica de forma absoluta e incondicionada. La declaró ilegal porque establecía una cláusula cerrada sin posibilidad de otras valoraciones.

Posteriormente, en el año 1997, el Tribunal Europeo declaró legal la discriminación positiva de una mujer en un caso distinto: el caso Marschall, de nuevo en Alemania. Había una ley alemana en virtud de la cual se establecía la preferencia de la mujer salvo que concurrieran en la persona del candidato motivos que inclinaran la balanza a su favor. Esta ley alemana dictaba la preferencia de la mujer en situaciones de infrarrepresentación, pero abría la puerta a valorar a los demás candidatos, cuando aparentemente pudieran aportar otras circunstancias. Más tarde apareció la sentencia del caso Badex (28 de marzo de 2000), que sigue la doctrina anterior.

En esta sentencia se declara la conformidad al derecho comunitario de cinco modelos de discriminación positiva a la mujer que establecían las leyes alemanas. Lo curioso es que, en julio de ese mismo año, el Tribunal Europeo rechazó un modelo de acción positiva diseñado en Suecia. Éste pretendía que en los Institutos de Enseñanza Superior Docente hubiera más mujeres. La oferta de empleo indicaba que, con objeto de promover la igualdad de sexo en la vida profesional, la preferencia iría a favor de las mujeres a la hora de cubrir plazas en los institutos. Lo que ocurrió fue que salió una plaza para catedrático y concurren tres mujeres y un hombre. Inicialmente, aplicando la ley sueca, se la adjudicaron a una mujer, siendo el segundo con puntuación el hombre. La mujer renunció y el jurado dictaminó que la diferencia de mérito entre el hombre y la siguiente mujer era demasiado amplia como para aplicar la ley de discriminación positiva a favor de la segunda. Sin embargo, el rector de esa universidad se decantó a favor de la mujer. Contra esa decisión recurrió el candidato masculino, y ganó el caso en el Tribunal Superior de Justicia. Éste dictaminó que dar una prioridad a las mujeres con igual calificación que los hombres no es contrario al derecho comunitario, si se busca establecer un equilibrio entre sexos; pero hay que garantizar que el jurado haga una apreciación objetiva de cada candidatura individual, insistiendo en que cada candidato debe de ser evaluado, en principio, sin atender a su sexo.

En definitiva, esa es la doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establece en materia de discriminación positiva. Es decir, cabe establecer por ley discriminaciones positivas a favor de las mujeres, porque es compatible con el derecho comunitario; pero no se pueden constituir estas cláusulas de modo automático o incondicional. En caso de igualdad entre los candidatos hay que tener una cláusula de apertura que posibilite que todas las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de cada uno de los candidatos.

En este caso Badex había distintos modelos de promoción positiva, pero había uno de ellos especialmente significativo. Porque en la ley alemana se determinaba la necesidad de un plan de promoción de la mujer con carácter bianual. En dicho plan había que establecer una proporción a cubrir por mujeres en atención a la infrarrepresentación en ese sector del servicio público. Se concretaba el objetivo numérico que vinculaba para los poderes públicos, y se añadía que, a la hora de valorar el acceso de la mujer con carácter preferente, se estaba vinculando a ese criterio de darle preferencia, siempre y cuando hubiera motivos de superior rango que se opusieran a ellos. Como motivo de superior rango el Gobierno indicó algunos casos, entre ellos: el caso de personal de la Administración que temporalmente se retira por motivos familiares, y posteriormente solicita la incorporación; o el caso de los discapacitados. También se establecía por la ley alemana otro criterio de valoración positiva para el caso de dos candidatos con idéntica calificación. Se preferiría a la mujer para el puesto, siempre y cuando, en el sector donde ella iba a desarrollar ese trabajo el porcentaje de mujeres fuera bajo.

En donde no pone ningún reparo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea es en la fase previa a adquirir el empleo. Ahí caben cuotas rígidas, es decir reservar plazas a las mujeres. Estas fases previas son, por ejemplo, los planes de formación. Según la ley alemana hay que reservar, al menos, la mitad de las plazas para formar a mujeres en aquellas profesiones en las que están infrarrepresentadas y requieran formación especializada. Es decir, sí se admite el sistema rígido de la cuota; lo mismo que se admite en los procesos de selección cuando se realizan entrevistas de preselección. La ley de Bremen establecía al respecto una prioridad hacia las mujeres, en el sentido de que debían convocarse igual número de hombres que de mujeres para las entrevistas.

Ésta es, en esencia, la doctrina que se ha configurado en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero todavía queda mucho por desarrollar, "flecós" por determinar. Por ejemplo, es necesario concretar los parámetros que hay que utilizar a la hora de determinar los porcentajes que deben cubrir las mujeres para asegurar su participación. También hay que superar el concepto de mérito, eliminando aquellos criterios que tradicionalmente han sido adjudicados a los hombres.

Aparte de todo esto, en la práctica de las administraciones encontramos mecanismos de desigualdad. La jurisprudencia ha detectado situaciones de discriminación por razón de sexo en el caso de ceses anticipados de funcionarias interinas cuando se encontraban disfrutando el período de maternidad. Es un caso que se ha dado con mucha frecuencia. Hay una sentencia del 29 de enero de 2001, de la que es ponente el Magistrado Ibes Santón, en la que evidentemente se da una situación de discriminación total. Porque da igual que sea interina o funcionaria de carrera, lo único cierto es que ha sido despedida por su condición de mujer, en cuanto a que sólo ella puede quedarse embarazada. También hay otros mecanismos sutiles de discriminación que se dan en la práctica. En este sentido, hubo una sentencia que versaba sobre la aplicación informática. El caso era que, cuando una demandante de empleo presenta su baja por maternidad ante el INEM, el ordenador la introduce en situación de Incapacidad Laboral Transitoria. Entonces llega una empresa pidiendo personas que tengan la condición de dicha demandante que está de baja por maternidad, y el INEM no la oferta porque aparece como Incapacidad Laboral Transitoria. Vemos que el problema es de aplicación informática, porque la baja por maternidad no es equiparable, en ningún caso, a la Incapacidad Laboral Transitoria, pero no existe un concepto en el ordenador que especifique esta situación.

Para concluir, quería hacer una breve referencia al derecho a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representante. El artículo 23 contempla el derecho a participar en condiciones de igualdad. Pero en la práctica las mujeres siguen ausentes de los órganos con poderes decisorios y, cuando están, lo hacen adscritas a áreas que no tienen el núcleo duro del poder. Las áreas con poder, como son hacienda, economía o urbanismo, se suelen adjudicar a hombres. De esta forma, las mujeres quedan excluidas de los círculos en los que se toman las decisiones importantes para la sociedad. Lo que significa que esa parcela aún no ha sido adaptada al principio de igualdad proclamado en la Constitución. Ya conocemos las fórmulas que se han ideado, las de sistema de cuota, pero quiero referirme al instrumento de la democracia paritaria, que tiene su fundamento en los artículos 23, 14 y 9.2. Lo que hace dicho instrumento es proponer la cooperación de hombres y mujeres en las experiencias comunes y en la participación. Aquí lo decisivo es que converjan todas las instituciones porque, en definitiva, la responsabilidad de avanzar en el concepto de democracia afecta a todos, y redundará en beneficio de la comunidad.

Voy a hacer una breve referencia a la presencia de las mujeres en el poder judicial, que también tiene una vertiente prestacional. El 40 por ciento de las personas que integran el poder judicial son mujeres. En España hay 52 Audiencias Provinciales, y sólo tres mujeres presiden alguna; hay 17 Presidencias de Tribunal Superior de Justicia, pero cero mujeres presiden alguna; hay 93 miembros del Tribunal Supremo, y sólo una mujer se sienta en él; hay 95 magistrados y una magistrada. Son datos muy parecidos a los de la carrera fiscal. En ella, el 47 por ciento son mujeres, sin embargo, no hay ninguna mujer del Tribunal Supremo; de 70 Jefaturas de Fiscales, sólo dos están servidas por mujeres. En la abogacía, el 31 por ciento son mujeres; sólo un nueve por ciento de los decanatos son gestionados por mujeres; el Consejo General del Poder Judicial está formado por veintiún miembros, de ellos dos son mujeres. Las Ejecutivas Nacionales de las Asociaciones Judiciales y Fiscales sólo un 11 por ciento están ocupadas por mujeres. Estos datos revelan, claramente, que no se ha asentado el valor de igualdad como valor organizativo en uno de los poderes que tenemos diseñado.

Como conclusión final voy a insistir en la necesidad de introducir cambios en las estructuras y en las actitudes para conseguir esa igualdad en el acceso a puestos decisivos. Porque supondría una renovación de valores, de ideas beneficiosas para la sociedad. La Unión Europea se ha cansado de decir que la ausencia de mujeres en órganos decisorios supone un "déficit democrático" y una ausencia de legitimación de las instituciones. Pienso que la legislación española debería avanzar en la implantación de modelos de acción positiva para la promoción de las mujeres en las administraciones públicas y en los órganos decisorios. Así avanzaríamos en las pautas Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**Pregunta.** Disiento en algunas sentencias porque creo que el Tribunal Europeo lo que hace es rizar el rizo. La sentencia Kalanke trajo mucha controversia sobre si es posible la discriminación positiva o no. Había gente que interpretaba que no anulaba la discriminación positiva. Porque habrá momentos en los que los dos se enfrenten con la misma capacidad y los mismos méritos, teniendo en cuenta que los méritos son medidos con mentalidad masculina. Después está el tema de maternidad, relacionado con la sentencia del INEM. Es una práctica muy común en todas las administraciones que, cuando una mujer está en baja maternal en una bolsa de trabajo no la llaman, y se convierte el derecho a la protección por maternidad en una obligación. Si tengo el derecho puedo renunciar a él. Hubo un caso en una consejería de una mujer que no la llamaron porque estaba en baja maternal, y ella quería renunciar a su baja maternal porque lo primordial para ella en aquel momento era un puesto de trabajo. Tenía la manera de conciliar vida familiar y laboral, pero no le dieron el empleo. Entonces, ese derecho actúa por la propia administración, que dice que no podemos acceder a un puesto de trabajo. El contrato del INEM fue condenado a pagarle el salario correspondiente durante los tres años que pudo haber trabajado. Desde luego, el INEM ha recurrido el caso, y todavía no se sabe cómo terminará.

**Respuesta.** Respecto a que la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo que hace es rizar el rizo tengo que decir hay veces en los que no se atreve a decir que es un sector donde está infrarrepresentado el género femenino. Y estamos abogando por la participación paritaria de hombres y mujeres. Son válidas las formulas de promoción, por eso se habla de la doctrina vacilante, y al final se intenta salvar diciendo sí a la discriminación positiva. Pero no debemos olvidarnos de que hay que valorar a los demás candidatos individualmente, no con criterios patriarcales o meritocráticos; antiguos criterios que favorecen tradicionalmente al hombre. En cualquier caso, es una doctrina vacilante pero es algo más que lo que tenemos en España, porque, ahora mismo, la jurisprudencia española no está por la labor de introducir la discriminación positiva.

Respecto a la segunda cuestión, hay que ver cómo los mecanismos burocráticos, que no son neutros, hacen que, a veces, derechos de las mujeres se conviertan en auténticos escudos para su promoción. Si una mujer que está de baja maternal quiere renunciar a ella porque tiene forma de conciliar familia y trabajo, y no perder la oportunidad, hay que concedérsela, porque la ley no lo impide. Tenemos que preguntarnos si ningún empresario la va a contratar. Puede ser que alguno sí, y no hay que negarle esa posibilidad. Si lo hacemos le estamos cortando el principio del camino. El mecanismo de las administraciones, desde luego, es perverso, porque en vez de ponerla con una categoría distinta en el ordenador, la introduce en la Incapacidad Laboral Transitoria, y no le van a ofertar el empleo. En todo esto influyen mucho las tendencias tradicionales. Históricamente se supone que si está de baja maternal no quiere ni puede trabajar. Por eso, hay que estar muy atentos, ya que a la mínima se introduce un mecanismo burocrático que se convierte en un obstáculo para el ejercicio de las mujeres.

**Pregunta.** En España hemos avanzado bastante en ordenamiento jurídico. Tenemos una ley básica de empleo desde hace mucho tiempo, pero falta un reglamento de colocación en el que, efectivamente, tengan cabida esas medidas voluntarias. Porque los servicios públicos se ven trabados legislativamente a la hora de aplicar el principio de favor en la discriminación positiva. A pesar de que en el II Plan Nacional de Acción para el Empleo se establece expresamente que el 60 por ciento de las ofertas formativas se reserven a mujeres, en la práctica no son viables, porque el sistema no nos deja sondear para aplicar estas medidas positivas. Entonces, la interpretación judicial puede ser todo lo favorable que sea, pero si no hay una medida legislativa y reglamentaria, no hay posibilidades de hacer discriminación positiva. Desde el servicio público de empleo hay que aplicar la máxima igualdad, pero no podemos hacer nada, aunque nos conste que hay sectores donde la presencia femenina, y el paro femenino, es mayor y menor respectivamente.

**Respuesta.** Los reglamentos se dictan para el desarrollo de las leyes. Lo que hacen es dar operatividad a lo que contiene la ley. La cuestión es si se puede aplicar directamente una norma, o necesita un reglamento. Si la ley lo establece de manera clara, se puede aplicar directamente. El reglamento se necesita cuando realmente hacen falta medidas para desarrollar la ley; pero si la ley es clara en ese sentido, no se necesita su desarrollo, sino que directamente es aplicable, y los tribunales así lo harán. La ley básica de empleo, muy matizadamente en el artículo 6 y en el 7, dice algo al respecto. Pero el acuerdo nacional es papel mojado, porque no está publicado en el BOE y no es ley.

Si viene en una decisión comunitaria sí necesita un desarrollo. Efectivamente, en aquellos casos en los que la ley lo establezca, no lo necesitaría. Se podría pedir y obtener de los tribunales la aplicación de esa medida. Pero éste es un problema a nivel comunitario, porque la estrategia DENTRA, adoptada en la cumbre de Barcelona, lo que intenta es que los gobiernos de los estados miembros apliquen el principio de favor en la discriminación positiva. Esto demuestra que los instrumentos legales faltan en muchos países de la Unión Europea.

**Pregunta.** Quería plantear la dificultad de prueba en este orden jurisdiccional cuando hay una oferta pública de empleo, por ejemplo, de un ayuntamiento, donde hay una serie de pruebas selectivas, y la persona que se contrata es un hombre. Y se sabe claramente que la razón por la que no se ha adjudicado a una mujer es por motivos de discriminación por embarazo. En estos casos se hace imposible demostrar que los exámenes no se han valorando de forma objetiva, sobre todo, porque la entrevista personal es la que hace que la puntuación sea mayor.

**Respuesta.** En este caso, los tribunales acuden a los indicios. Hay que aportar indicios, elementos claros que demuestren efectivamente que no se adjudicó la plaza por razón de embarazo. Desde luego, prueba directa no va a haber porque éste es un tema muy complicado, puesto que el sistema selectivo está revestido en teoría de una gran objetividad; es decir, que, en principio, sólo atienden al principio de mérito o a los conocimientos científicos de los aspirantes.



---

**Seguimiento del V  
Acuerdo  
sobre Concertación  
Social.  
Estrategias y propuestas  
para evitar la  
discriminación  
en la inserción de las  
mujeres**

---

**Antonio Toro Barba.**

- Director General de Empleo e Inserción de la Junta de Andalucía.

---

**Antonio Moya Monterde.**

- Adjunto al Secretario General de la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA).

---

**Juan Pérez Pérez.**

- Secretario de Empleo y Política Institucional de CC.OO. Andalucía.

---

**Dionisio Valverde Pozo.**

- Secretario de Acción Institucional y Diálogo Social de UGT Andalucía.
-





## ■ Antonio Toro Barba.

### ■ *Director General de Empleo e Inserción de la Junta de Andalucía.*

Antes de nada, me gustaría hacer una introducción para dejar clara la posición del Gobierno de Andalucía en materia de concertación, problemática de empleo y desarrollo económico. En general, la primera pregunta que debemos hacernos es el por qué de la Concertación Social en Andalucía. Desde nuestro punto de vista, un gobierno, cuando llega al poder tras unas elecciones democráticas, puede adoptar las formas de gobernar que considere más oportunas. Pero todo lo concerniente al mercado de trabajo, al empleo y al desarrollo económico debe nacer como fruto del diálogo con los protagonistas del mercado de trabajo andaluz, que son los trabajadores, sus representantes, y las empresas de Andalucía. A pesar de que hay personas con una opinión contraria a la Concertación Social en Andalucía, debemos saber que el diálogo dentro del Gobierno Andaluz es un valor en sí mismo. Llevamos muchos años haciendo política de empleo y de desarrollo económico a partir del acuerdo con sindicato y patronal, porque entendemos que cualquier gobierno, en cualquiera de sus intervenciones, debe contar con los representantes de los ciudadanos para poner en marcha iniciativas en estas materias.

La Concertación Social en Andalucía ha servido de ejemplo en muchos puntos de la Unión Europea. El diálogo social es una tradición en Andalucía, y así entendemos que debe ser. Cuando se dialoga se enriquece aquello que nace del diálogo; evidentemente, también se concierta, y al final, ninguna de las partes que están en este proceso de consenso se sale con el 100 por cien de lo que le hubiese querido. Los resultados de los acuerdos son siempre mejor que aquello nacido de la imposición unívoca de una de las partes, aunque esa fuera el Gobierno.

Con esta filosofía, suscribimos el V Acuerdo de 2001, con vigencia para toda la legislatura, hasta el 2004. Y centrándonos en la igualdad de género en el mercado de trabajo, haré una pequeña referencia al contenido del Acuerdo de Concertación que tiene que ver con las políticas de empleo. Entendemos que había que desarrollar programas y medidas específicas a favor de la igualdad de la mujer en el empleo; todos debemos ser capaces de impregnar de horizontalidad las políticas de empleo y desarrollo económico englobadas en el V Acuerdo. En el caso de las políticas activas de empleo, lo que se firmó en el año 2001 tiene que ver con la situación competencial de la Junta de Andalucía en aquel momento. Lamentablemente, esto ha continuado hasta que se ha producido el traspaso del resto de las políticas activas de empleo por parte del Gobierno Central. Por tanto, el Acuerdo del 2001 se refiere a aquellos aspectos en los que la Junta tenía competencias en aquel momento.

Quiero señalar, al menos, tres grandes aspectos que tienen que ver con la igualdad de género. Todas aquellas medidas a favor del empleo que se dedican a atender a las personas que quieren acceder al mercado de trabajo. Es lo que en lenguaje comunitario se conoce como políticas de viabilidad. Con ello me refiero, en primer lugar, a la formación profesional y la ocupacional; en segundo lugar, al autoempleo y a la cultura emprendedora para la creación de empresas; y en tercero, a los incentivos directos para la creación de empleo.

Existen programas específicos para la formación de mujeres desempleadas que quieren acceder al mercado de trabajo. En cualquier caso, la horizontalidad de la política de género es nuestra idea, y estamos haciendo

que la participación de las mujeres en este tipo de políticas sea mayoritaria respecto a la participación de los hombres que demandan empleo. En este momento, de las personas que se benefician de los programas de formación profesional o de formación profesional ocupacional, el 60 por ciento son mujeres. En el caso de las políticas de promoción del autoempleo, más del 50 por ciento de las ayudas van destinadas a empresas promovidas por mujeres. En nuestra valoración, la creación de empresas por parte de las mujeres se está haciendo con más intensidad y con mayor capacidad de supervivencia y de crecimiento que por parte de los hombres. Por otra parte, están los incentivos al empleo, que funcionan en la demanda. Si bien en las dos primeras la participación de la mujer supera el 50 por ciento, cuando se trata de la financiación para la creación de empleo, la participación de la mujer cae por debajo del 30 por ciento en todos los casos. Éste sería un primer elemento de reflexión a considerar porque, a partir del 1 de mayo, la Junta de Andalucía empezará el proceso de transición progresiva de las competencias por parte del Gobierno Central. En 2004 la Junta podrá ejercer el resto de las competencias en temas de políticas de empleo. También allí tendremos que hacer el esfuerzo de conseguir un incremento notable de la participación de la mujer en los programas que en este momento no estábamos gestionando. Fundamentalmente, aquellos que tienen que ver con los programas mixtos de formación, como escuelas taller o casas de oficio, donde la participación de la mujer es minoritaria. Tenemos que aplicar, por tanto, esa política de oferta a favor de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo en todos los programas que ahora se traspasan. Éste será un trabajo con el propio personal del INEM, en los próximos meses el Servicio Andaluz de Empleo, con las personas, las instituciones y las consejerías de política de empleo, para llevar las políticas de igualdad de género a cada una de las actuaciones que se hagan en el territorio.

Hay otro aspecto en el V Acuerdo de Concertación que tiene que ver con la negociación colectiva. Había un compromiso claro de crear una comisión de igualdad en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, que permitiera que aquellas cosas que fuéramos capaces de abordar entre las tres partes fueran trasladadas a la negociación colectiva del día a día, a las empresas de Andalucía.

Y termino con cuatro cuestiones fundamentales. Primero, que tenemos que aumentar aún más el esfuerzo que hacemos para la creación de empleo, no ya porque la Cumbre de Lisboa lo dijera, sino porque es imprescindible en una sociedad del siglo XXI más capacidad de empleo para todas las personas que quieren conseguirlo. Nos referimos a las mujeres que todavía no han podido incorporarse al mercado de trabajo. En segundo lugar, es necesario reducir más los obstáculos para la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, no solamente al empleo, sino a la simple demanda. La tercera cuestión es que el espacio para la negociación colectiva es tremendamente importante para facilitar la igualdad de oportunidades cuantitativas y cualitativas en cuanto a hombres y mujeres en el mercado de trabajo. Y terminar diciendo que hace falta un nuevo contrato social en el que las diferencias de género no sean las que marquen el papel ni las posibilidades de cada una de las personas en el mercado de trabajo. Pero, evidentemente, si hablamos de un mercado social, no hablamos solamente de mercado de trabajo, sino de la vida cotidiana, social, económica y política.

■ **Antonio Moya Monterde.**

■ ***Adjunto al Secretario General de la Confederación de Empresarios de Andalucía.***

Hemos visto en las últimas décadas cómo se producía un cambio vertiginoso del papel de la mujer en la sociedad, no solamente como consecuencia del tránsito en nuestro país de un sistema dictatorial a un sistema democrático. La consideración de su propia autoestima, y de la estima que el conjunto de la sociedad tenía acerca de la visión de la mujer y de sus funciones ha sufrido una evolución considerable. Desde las organizaciones empresariales alentamos este incremento tendente a la igualdad, a practicar unas políticas no discriminatorias, pro-

gramas que permitan la plena igualdad entre los hombres y mujeres en el conjunto de la sociedad. Y si lo deseamos para el conjunto de la sociedad, lógicamente, en el ámbito de nuestras competencias más directas también tenemos que asumirlo. Así lo estamos haciendo en el ámbito interno de las organizaciones empresariales, en la divulgación de nuestras posiciones programáticas e ideológicas y de los planteamientos en materia de relaciones laborales que sustentamos, y en acciones concretas dentro de la negociación colectiva en el diario dentro de las empresas. Nosotros asumimos un papel de liderazgo de opinión y de pensamiento ante el colectivo que representamos y, por tanto, tenemos la obligación moral de transmitir aquellos aspectos más novedosos, de informar de las tendencias y de los aspectos más justos en la relación entre hombres y mujeres. También tenemos que llevar al ámbito de la negociación colectiva ese concepto cultural y novedoso de igualdad, de respeto de promoción y, en definitiva, de potenciación del papel de la mujer en el conjunto de la sociedad. Ésta es nuestra posición de modernidad y justicia, que tampoco es excesivamente novedosa. Si hay un colectivo donde no se ha practicado discriminación hacia la mujer ha sido, precisamente, el empresarial. En ocasiones he oído a políticos, sindicalistas, o a representantes de colectivos hacer una autocrítica acerca de la discriminación que se ha practicado a la mujer a lo largo de la historia. En el mundo empresarial, nuestra perspectiva histórica no está cargada de discriminación; al contrario, la empresa ha sido un ámbito de producción, de relación y de trabajo en donde han estado las puertas abiertas a la participación de la mujer, ya sea como trabajadora o como empresaria. Piensen en acciones represivas muy concretas que se han dado en diferentes ámbitos sociales, como la política o la iglesia, a lo largo de la historia. Mientras esto ocurría, en el mundo de la empresa no había una actitud represiva, negativa, o xenófoba; nunca ha existido un coto cerrado para que la mujer no entrara. Lo que sí ha podido existir es una serie de planteamientos discriminatorios en cuanto a salarios o categorías profesionales, pero entramos en otra dinámica, que es la de enjuiciar hechos concretos; es decir, no se trata de una posición apriorística contraria hacia la mujer.

Esta percepción histórica del papel que ha jugado la mujer es algo que pretendemos renovar actualmente en la Confederación de Empresarios de Andalucía, tanto como organización empresarial defensora de intereses, como agente económico y social andaluz.

Las organizaciones empresariales no tenemos ningún inconveniente en entrar en planteamientos de promoción de políticas de igualdad en el empleo dirigidas a la mujer. Hay que potenciar que la mujer pueda acceder en las mismas condiciones que el hombre al mercado laboral, rompiendo con ello el tradicional estatus que de que quien se convierte en empresario es normalmente el hombre. Tenemos que promover la cultura emprendedora en el seno de la sociedad sin ningún tipo de discriminación. Porque, actualmente, apenas el 20 por ciento de las empresas de nuestro país están dirigidas, gestionadas o administradas por mujeres; éste es un dato muy exiguo, ya que, gracias a estas políticas, está cambiando progresivamente. Aproximadamente el 76 por ciento de las empresas que se crean, lo hacen desde iniciativas que tienen a las mujeres como protagonistas. Éste es un fenómeno que no produce el rechazo del colectivo empresarial, todo lo contrario, tiene su máximo apoyo. Tenemos que compartir con la sociedad el ámbito del desarrollo profesional, pero también el de la conducta emprendedora; y eso es lo que en el conjunto del V Acuerdo de Concertación hemos potenciado a través de las mesas de trabajo de política de igualdad en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Estamos trabajando con nobleza, con rigor, y con el objetivo de eliminar, desde la negociación colectiva, cualquier tipo de discriminación que se produzca en el empleo. Desde anécdotas del lenguaje, como pueden ser aquellas categorías profesionales que solamente en sus más bajas cualificaciones llevan incorporado el femenino; hasta los temas más importantes y serios, como la conciliación de la vida familiar y laboral, las igualdades salariales, la seguridad, el respeto por las condiciones físicas y de salud de la mujer, etcétera.

Ésta es nuestra posición y nuestra manera de entender el tema. Lógicamente hay ajustes en los que se pueden llegar a discutir algunos planteamientos, pero nunca la cuestión de fondo, es decir, el apoyo que hay que dar a la mujer para que su papel dentro de la empresa sea el moderno y el adecuado.

Por último, voy a hacer una reflexión, que me parece esencial, relacionada con un dato localizado dentro de las propias empresas. Está comprobado que cuando las mujeres están incorporadas a puestos de dirección, se observa una mayor eficiencia y calidad en la gestión de las empresas. Merece la pena profundizar en estudios para poder evidenciar este dato, que enuncia la calidad empresarial del sector femenino. Las empresas, por su propio beneficio, deben incorporar a la mujer como una alternativa diferenciada de la mera óptica masculina tradicional.

## ■ **Juan Pérez Pérez.**

### ■ **Secretario de Empleo y Política Institucional de CC.OO. Andalucía.**

Antes de analizar las propuestas recogidas en el V Acuerdo, es interesante hacer un breve recorrido a la evolución del mercado de trabajo en Andalucía. Tendríamos que hacer una valoración claramente positiva desde el año 1994, cuando la crisis económica toca fondo y se inicia el nuevo ciclo económico, hasta nuestros días. En el año 1994, el número de personas ocupadas en Andalucía estaba en 1.687.000; mientras que en el último dato del primer trimestre de 2003 son 2.550.000. Esto quiere decir que en este tiempo ha habido un crecimiento del número de ocupados de 863.000 personas.

Desde CC.OO. valoramos muy positivamente este crecimiento, y tenemos que afirmar que los sindicatos hemos contribuido a ello desde nuestra responsabilidad, con nuestras propuestas en la concertación y con nuestras plataformas en la negociación de los convenios colectivos. Hemos hecho una negociación colectiva en la que el elemento central de todas las plataformas se sitúa en el salario. Esta valoración positiva la hacemos teniendo en cuenta que todavía persisten gravísimos problemas en el mercado de trabajo. Tenemos una situación de paro muy elevada, en torno al 19 por ciento; esto afecta de manera más acusante a las mujeres, que doblan la tasa de paro a los hombres. Además, en Andalucía de cada 100 personas que trabajan, 45 lo hacen con un contrato temporal, y en el caso de las mujeres esto es más grave porque son 498 de cada 100 por 43 de los hombres; por lo tanto, la tasa de temporalidad femenina también es muy alta.

Si se hace un balance de estos nueve años, está claro que se ha avanzado bastante, sobre todo, en el caso concreto de la incorporación al mercado de trabajo por parte de las mujeres; hemos pasado del año 94, en el que de cada 100 personas que trabajaban en Andalucía solamente 20 eran mujeres, a 2003, en el que el dato se sitúa en el 34 por ciento. Hemos pasado de 514.000 mujeres empleadas a 885.000. Si lo vemos por sectores, está claro que este dato se concentra en el sector servicios, es muy escaso en el sector de la construcción, y más todavía en el industrial.

Las políticas de igualdad de género han sido y siguen siendo una prioridad en los sindicatos. Esto ha sido así tanto en nuestra interlocución con el Gobierno Andaluz, como en la negociación colectiva con las organizaciones empresariales. En el año 2001 firmamos el V Acuerdo de Concertación, que tenía como objetivo central introducir elementos y medidas que contribuyan a que en Andalucía haya más empleo y empleo de más calidad.

En primer lugar, hay un cuadro de incentivos a la contratación. En esto se ha hecho un esfuerzo importante para que sean incentivos muy selectivos. Porque si se hacen globales sirven únicamente para ahorrar costes a los empresarios, y pierden el efecto que deben tener, que, en este caso concreto, es el de contribuir a que las mujeres se incorporen al mercado de trabajo con estabilidad. Esto es lo que se establece en el V Acuerdo. Los incentivos se han marcado de forma graduada; es decir, es más intenso cuando la empresa es pequeña, y menor cuando la empresa es grande. Se ha hecho así porque estamos convencidos de que en España y en Andalucía quienes crean empleo son las pequeñas empresas, y éstas valoran mucho más un incentivo para contratar que una

empresa grande, que nunca va a contratar a una trabajadora porque se le dé un incentivo. La va a contratar, simplemente, porque la necesite. Otro de los criterios marcados es que este incentivo no se va a incorporar a empresas cuya plantilla no llegue al 50 por ciento de estabilidad en el empleo. En ningún caso vamos a incentivar contratos temporales. También aparecen medidas de autoempleo que priorizan a las mujeres. Para ellas la ayuda será más cuantiosa y tendrán prioridad sobre otros colectivos a la hora de obtenerla.

Otro de los elementos novedosos recogidos en el V Acuerdo es el programa "Mujer y Empresa". Creado con la intención de contribuir a que la mujer se incorpore al mercado de trabajo como empresaria.

Otro instrumento muy importante en el V Acuerdo está referido a la situación de igualdad. Hay una parte relativa a la negociación colectiva, para nosotros el principal instrumento en este caso, y se ha introducido una comisión de igualdad que ya tiene elaborado un documento de propuestas y recomendaciones para los negociadores de los convenios.

Es necesario citar dos temas más relativos a la llegada al Gobierno Andaluz de las políticas activas de empleo. El primero es que el Servicio Andaluz de Empleo (S.A.E.), recientemente creado, ha nacido con unos objetivos concretos marcados; uno de ellos, su gran reto, es aumentar la tasa de incorporación de la mujer al mercado laboral. Para ello cuenta con instrumentos muy importantes, como son: la formación ocupacional, las escuelas taller, los talleres de empleo, las casas de oficio, el programa de orientación profesional y los servicios públicos de empleo. El otro tema es que el impacto del V Acuerdo está siendo muy positivo, aunque todavía necesita de muchas más medidas que no se han incorporado. Especialmente son interesantes las que se refieren a la ampliación de los servicios para la atención de los niños y de las personas dependientes. Sin duda, la gran asignatura pendiente de la democracia española siguen siendo los servicios sociales y, mientras no haya un desarrollo importante de estos, van a seguir actuando como barrera, impidiendo que las mujeres se puedan incorporar y permanecer en el mercado de trabajo con normalidad. España tiene medios, pero no los utiliza. Solamente se invierte en protección social el 20 por ciento del PIB, mientras que la media europea está en el 27,5 por ciento. Es necesario que el Gobierno de la Nación deje de hacer reformas fiscales para beneficiar a los más poderosos, e invertir mucho más dinero en políticas sociales e infraestructuras que faciliten el acceso de la mujer al mercado de trabajo. Y, por último, hay que terminar con el escenario económico de incertidumbre que existe actualmente, porque cuando no se crea empleo en este escenario, además de que no se contratan mujeres, las primeras que salen del mercado de trabajo, desgraciadamente, son ellas.

## ■ **Dionisio Valverde Pozo.**

### ■ ***Secretario de Acción Institucional y Diálogo Social de UGT Andalucía.***

La concertación es un valor importante en la política andaluza, que crea un efecto multiplicador y determinadas sinergias que posibilitan un impacto positivo en el desarrollo socioeconómico. No todo lo que crece, ni lo que se cae es achacable a la concertación. Pero lo que sí es cierto es que la concertación contiene, claramente, un elemento favorable a la mujer: cada uno de sus ejes está impregnado de acciones positivas que potencian la igualdad laboral.

La realidad se impone a través de los datos. Existe discriminación de la mujer en todos los ámbitos de nuestra sociedad, y muy intensamente en el mundo laboral. Éste está formado por empresas y trabajadores, y si se produce discriminación es que se están haciendo las cosas mal. Lo corroboran los datos. La encuesta de población activa del primer trimestre del 2003 demuestra que existe discriminación en el trabajo de la mujer. Los estudios del Consejo General del Estado revelan que el alto índice de paro español es un problema de discriminación femenina. Y hay que trabajar para resolver estos temas.

La dificultad en el acceso al mercado de trabajo se agrava si tenemos en cuenta que no se realiza en igualdad de condiciones con los hombres. No sólo las mujeres sufren el no encontrar empleo, sino que además logran siempre los peores y más precarios. Por tanto, si la mujer actual es de la generación más formada, con más iniciativa y motivación, y con más deseos de trabajar ¿Qué es lo que ocurre? Parece claro que el principal factor para la discriminación de la mujer en el mercado obedece al rol tradicional femenino. No tiene otra explicación. La sociedad tiene asumido que son las mujeres las que deben llevar a cabo las tareas familiares; las cargas se convierten en una obligación que dificulta, en muchos casos, ejercer su trabajo con toda normalidad. Éste es un problema severo y difícil que requiere no sólo medidas incentivadoras, sino también otras que impliquen un cambio de mentalidad en la sociedad. Y eso parte de programas educativos, culturales y del día a día. La sociedad debe aprender que la familia, y todas las cargas que ésta lleva implícita, es tarea de todos los miembros de la misma. Hay que lograr trasladar la idea de que el hombre, no es que deba ayudar, sino que son funciones también suyas. Su responsabilidad es solidaria, y no subsidiaria.

Con esta vigente causa histórica, el rol femenino se convierte en un obstáculo que hay que corregir. Además, las cargas de las que hemos hablado tienen dos consecuencias fundamentales: primera, el abandono de la carrera profesional por parte de la mujer para atender dichas cargas; segunda, que hay perjuicios empresariales basados en los supuestos costos económicos más elevados en la contratación de las mujeres, aunque esto realmente no sea así.

Se ha dicho ya que en el marco del V Acuerdo de Concertación se ha llegado a un acuerdo en la comisión de políticas de igualdad. A pesar de todo, se ha quedado detrás en numerosos temas de igual importancia, entre ellos destacan el acceso al empleo, la promoción profesional, la conciliación de la vida laboral y familiar, la seguridad y salud en el trabajo, el acoso sexual, y el régimen salarial. Por todo esto, es necesario un buen paquete de acciones positivas, aunque algunos empresarios no estén de acuerdo. Desde UGT creemos que hay que seguir trabajando en Andalucía para que la transversalidad de género sea una verdadera integración, y un compromiso más claro de todas las organizaciones públicas y todos los gobiernos. Es fundamental hacer valer en las mesas de negociación el Acuerdo de Negociación Colectiva, ANCE 2003, en el que se recogen capítulos destinados a fomentar la igualdad de oportunidades. Hay que tomar el mayor número posible de acciones positivas en las propias empresas andaluzas; la puesta en marcha de medidas que faciliten la eliminación de la discriminación salarial en función del género; y, sobre todo, el desarrollo de políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, integrada por medidas como recursos socio-asistenciales para personas dependientes, ayudas directas y efectivas para la unidad familiar, y no la falacia de la paga de cien euros instalada por el Gobierno, que simplemente es un beneficio fiscal para un determinado grupo de mujeres. También es fundamental conseguir la implicación de los hombres, para que las medidas anteriores puedan ser ejercidas tanto por hombres como por mujeres. Y, como gran meta final, hay que eliminar el concepto de que la conciliación es labor de mujeres. La conciliación de la vida familiar y profesional es labor de todos, tanto de hombres como de mujeres. Parece que esa ley se hizo sólo para conciliar la vida de las mujeres, y eso hay que romperlo, para clarificar que la vida hay que conciliarla para todos.

Éstas son algunas de las medidas que demandamos desde UGT para evitar la discriminación de la mujer en el mercado de trabajo. Todas ellas no son más que acciones o instrumentos que coadyuvan a la obtención de la meta final: la plena incorporación de la mujer al mundo laboral. Y esto no ocurrirá hasta que el rol femenino deje de ser femenino y se convierta en un verdadero reparto de tareas y de responsabilidades.

**Pregunta para Antonio Moya Monterde.** Dudo de que la postura planteada por el señor Moya sea la del empresariado, concretamente la de la empresa privada. Lo digo conforme a la realidad que se nos presenta a las mujeres todos los días en los servicios de empleo. Se nos habla de contrataciones a tiempo parcial en una medida mucho más amplia que a los hombres, de la dificultad de acceder a los puestos de dirección, etcétera. Están son algunas de las realidades que nos están transmitiendo a las mujeres. Y no es un hecho aislado, porque lo están llevando a todos los servicios en las reuniones de coordinación. Por esa razón, creo que la posición que nos presenta del mundo empresarial no se corresponde con la realidad. Puede ser su posición personal, pero no es la que muestra el empresariado.

**Respuesta de Antonio Moya Monterde.** No planteo mi posición como personal, sino como institucional. Los agentes económicos y sociales, sindicatos, organizaciones empresariales, y partidos políticos, es decir, todos aquellos que tenemos que jugar un rol por encima de las personas y de los núcleos duros, tenemos la obligación de aleccionar, de liderar, y de ser motores de cambio. Debemos mantener posiciones ejemplarizantes, aunque la realidad sea menos ejemplar y vaya por detrás de lo que predicamos. Eso lo admito, pero no estoy de acuerdo en que hay una dosis de cinismo o hipocresía en mi postura. La posición que he tratado de mantener es una posición asumida e interiorizada, y creo que está generalizada. No creo que la actitud de las empresas sea excluyente, xenófoba o discriminatoria hacia la mujer de manera consciente. El mundo empresarial no discrimina a la mujer, ni tiene ninguna conducta, ni estrategia premeditada. Al contrario, las consignas de los planeamientos y los programas son las de integración, las de compartir. Puede haber ejemplos que demuestren que se han mantenido situaciones de discriminación hacia la mujer en el trabajo, pero esta corriente está cambiando, aunque no sea por la acción exclusiva del empresario. La sociedad es muy compleja, pero realmente no hay una actitud predeterminada de discriminación. Lo que sí hay son unos roles históricos y una serie de planteamientos quizás discriminatorios. La función social que las empresas llevan aparejadas es la creación de empleo y la disposición de bienes y servicios para la sociedad. Esas son las dos funciones sociales primordiales, pero no se tienen que encargar de políticas sociales ni de otro tipo de derecho, sino sólo ajustarse al cumplimiento de las leyes. Tampoco corresponde al mundo empresarial dar soluciones que tienen que venir a través de las instancias políticas. Por esa razón, no sólo no hay discriminación preconcebida, sino que además estamos intentando cambiar el ámbito empresarial, que no es discriminatorio, aunque haya ejemplos puntuales.

**Pregunta para Antonio Moya Monterde.** El señor Antonio Moya ha dicho que el mundo empresarial no hace discriminaciones. Las estadísticas nos muestran que las mujeres tienen muchos problemas, no sólo en el acceso al empleo, sino en las condiciones de trabajo de las empresas. Los casos de discriminación son impresionantes. El principal asunto son los despidos por causa de embarazo, el 90 por ciento de los casos de despido tienen como motivo la maternidad. Vemos con esto que las cifras nos demuestran por sí solas la realidad existente, que no se parece en nada a la que ha expuesto.

**Respuesta de Antonio Moya Monterde.** He tratado de mostrar una visión histórica, de señalar algunos hitos en la igualdad de sexos a nivel general. En el mundo de la política o de otros colectivos nadie se siente heredero de lo acontecido anteriormente: el mundo político discriminaba a la mujer, las religiones discriminaban a la mujer. Lo que quiero decir con esto, desde la perspectiva histórica, es que el mundo de las empresas nunca cerró las puertas a la mujer. Se puede citar la explotación, pero ese es un tema diferente, porque no había realmente una actitud xenófoba o racista. En cualquier caso, una vez que entramos en una sociedad más justa y equilibrada es cuando vemos los mínimos detalles, que son los que muestran los análisis actuales. Pero desde luego, el mundo de la empresa no ha tenido nunca ningún tipo de interés en llevar a cabo políticas discriminatorias hacia el sector femenino.



**Pregunta para Antonio Moya Monterde.** Pienso que la Confederación de Empresarios de Andalucía ha avanzado poco si considera que no existe discriminación en la clase empresarial. Los datos que lo demuestran están ahí. Las mujeres ganamos más del 70 por ciento menos que los hombres, duplicamos en desempleo, tenemos muchas dificultades en el acceso al mercado laboral, tenemos un trabajo precario, solamente llegamos a los consejos de administración en un cuatro por ciento, y esto no se debe a la falta de preparación o formación; las mujeres hoy día están más formadas que los hombres. Prueba de ello es que en la Administración Pública las mujeres están arrasando, porque se respetan más los principios de mérito y capacidad. Todos estos datos están ahí. Con estas cifras, me parece una utopía mantener esas ideas, porque no reflejan la realidad del día a día.

**Respuesta de Antonio Moya Monterde.** No creo que ningún empresario realice una discriminación hacia la mujer radicalmente. La discriminación no es reciente, viene de períodos históricos en los que sí era normal que las mujeres tuvieran otro tipo de retribución. Esto era debido al rol que jugaban en las familias, no eran el sueldo principal de la casa. Además, la mujer siempre ha tenido más frecuentemente contrataciones temporales en las empresas, ya que no solían asumir trabajos de jornada total, entre otras cosas porque tenían que desempeñar en su familia las labores tradicionales. Es más, ha sido la mujer la que ha planteado en muchas ocasiones el trabajo temporal dentro de la empresa. Eso genera una serie de conductas que han llegado a nuestros días.

**Pregunta.** Se nos está olvidando que muchas de las discriminaciones que sufren las mujeres hoy las perpetúan los propios convenios colectivos. Si la mujer tiene un salario inferior es porque se está permitiendo, si hay una contratación temporal es porque se está permitiendo con connivencia de los propios sindicalistas. Es decir, hay que ir a la raíz del sindicato e investigar. Otra realidad fundamental es que el colectivo de mujeres es el que menos se afilia, se defiende menos a sí mismo. Y de esto, parte de culpa la tenemos las propias mujeres, que no entramos en este ámbito.

**Pregunta.** Es evidente que todos (empresarios, Junta de Andalucía y sindicatos) discriminamos a la mujer, porque estamos en una sociedad discriminatoria. Aquí hay un problema básico, y es que estamos planteando un modelo de igualdad en el que los hombres no participamos. Mientras que esto ocurra, seguiremos discriminando a la mujer. Tenemos que partir de la base de que vivimos en una sociedad en la que todos los hombres discriminamos a las mujeres. Por eso, los hombres tenemos que hacer una reflexión, porque nos permitimos el lujo de poner nosotros los modelos de igualdad y decir a las mujeres "ser igual es ser como yo", con lo cual, estamos imponiendo las barreras contra la igualdad. Nos dicen que estamos en una sociedad económica avanzada que se sustenta fundamentalmente en el sector servicios y no en la industria, y pienso que realmente no es cierto. Hemos trasladado el sector empresarial a las zonas pobres del mundo. Eso es resultado de la globalización. Decimos que hoy hay menos discriminación, y es porque la hemos trasladado a Asia, a Hispanoamérica y a África. Es la pescadilla que se muerde la cola, porque cuando llegamos al mercado nacional nos dicen que tenemos que ser más competitivos, y para competir con las mujeres que trabajan en el segundo o tercer mundo hay que desregularizarse, y dejarse explotar, de otro modo no hay capacidad de ser competitivos. Al final lo que ocurre es que estamos abogando por un mercado con más derechos, pero para ser más competitivos necesitamos un mercado con menos derechos. Y en este tema no se está haciendo una reflexión suficientemente profunda.

**Pregunta.** Tengo que decir que no estamos deslocalizando solamente a los países del tercer mundo. Tenemos informes recientes de la Unión Europea que nos dicen que no hay que dar subvenciones al sector textil. El ejemplo más vivo lo tenemos aquí, en Ruiz y Cadena, en el sector textil se han destruido 327 puestos de trabajo. Esto ha ocurrido porque la Unión Europea, por razones de la Organización Mundial de Comercio, ha suprimido los aranceles por la guerra de Afganistán al textil paquistaní y de la India. Ese no es el único problema. En los itinerarios personalizados hacemos un seguimiento a las mujeres que no tienen un puesto de trabajo adecuado al perfil profesional que presentan cuando la oferta es apropiada. Y detectamos básicamente dos cosas: la primera es que sigue habiendo deficiencia de formación, una no adecuación de la formación que obtiene la mujer en esta

provincia con la oferta de empleo que hay. Nos estamos equivocando en la formación que exige el desarrollo rural, porque estamos formando a las mujeres en sectores que, o no se demandan, o tienen que emigrar. La mujer en Jaén tiene un 29,7 por ciento menos de posibilidades de empleo que el hombre para un mismo puesto de trabajo; solamente un 1,6 por ciento de los contratos indefinidos que hay en esta provincia son para mujeres, el 39 por ciento es agrícola y el 17 por ciento es construcción. Por ejemplo, en el sector agrícola no conozco a ninguna presidenta de cooperativa. Por esa razón, es cierto que en Jaén no puede haber desarrollo si no reorientamos el perfil de la mujer.

**Respuesta de Dionisio Valverde Pozo a las tres últimas intervenciones.** Somos los sindicatos, y no otros, los que nos vemos obligados a constituir el servicio de defensa legal en el sindicato para defender a las mujeres. Por dar una anécdota, las secretarías de acción sindical y de relaciones laborales de UGT Andalucía están desempeñadas hoy por mujeres. Esto muestra que se está produciendo un avance progresivo. Hay que tener en cuenta que la negociación colectiva es cosa de dos. La responsabilidad de las deficiencias en las negociaciones no es únicamente del sindicato, ya que en la mesa también se sienta otra parte. Es cierto que lo intentamos, es más, hemos montado un servicio de seguimiento de la negociación colectiva en materia de desigualdad, porque creemos efectivamente que existen determinadas cosas que hay que corregir. Por tanto, creo que el papel de la mujer en el sindicato ha cambiado. En UGT, por ejemplo, hay casi más mujeres que hombres afiliados.

El otro tema es el de que un mercado con más derechos es más productivo y competitivo, y no podemos permitir que para ser competitivo haya que reducir derechos.

**Respuesta de Juan Pérez Pérez a las tres últimas intervenciones.** Si en un convenio colectivo hay un elemento discriminatorio, los primeros responsables son los sindicatos y los empresarios que lo hayan firmado. Habría una segunda responsabilidad para la administración laboral, que tiene la obligación legal de estudiarlo antes de que se publique, y advertir a las partes, en caso de que hubiera algún elemento discriminatorio, para que lo eliminen. Y si no lo tuvieran en cuenta, la propia administración laboral tiene que elevarlo a los tribunales. Desde luego, instrumentos existen, y creo que se ha avanzado de manera considerable. Son muchas las personas que negocian los convenios, y puede haber algunas que estén más concienciadas en la lucha por la igualdad, y otras que lo estén menos. Pero de todas formas, se está haciendo un gran esfuerzo en la negociación colectiva desde hace años y, especialmente, en la de este año.

El argumento principal es la igualdad, avanzar en la igualdad con propuestas concretas. Consideraciones generales y buenas prácticas sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en las negociaciones colectivas del Acuerdo de Negociación Colectiva del 2003. Un documento parecido es el que se ha concluido en la comisión de igualdad en el V Acuerdo de Concertación Social en Andalucía. Los otros objetivos eran avanzar en la creación de más empleo y en su estabilidad, porque las que sufren especialmente la temporalidad son las mujeres.

**Respuesta de Antonio Toro Barba a las tres últimas intervenciones.** Se ha dicho algo de la formación que me preocupa. Es verdad que la formación tiene que ver con el mercado de trabajo, y tiene dos objetivos fundamentales: por una parte, preparan fuerzas de trabajo, y por otra, contribuyen al enriquecimiento de cada persona que quiere desarrollarse en el mercado laboral. Esto significa que las personas deben tener opciones diversas para poder formarse en lo que quieran, enriqueciéndose su crecimiento personal y sus posibilidades de empleo en el futuro. El error, por tanto, no está en que la Universidad cree parados, sino en pensar que ésta tiene que formar ocupados. Me parece que aquí fue donde empezaron los problemas y, por eso, me gustaría que todos tuviéramos clara esa vertiente. Es decir, la Universidad no sólo debe crear recursos humanos para ocupar los huecos que el sistema productivo requiere, sino que debe servir para el enriquecimiento cada vez mayor de las personas.

Sobre el otro tema, debo decir que los que estamos en contra de las fronteras, ya sean geográficas o culturales, lo único que podemos alegar es que es fundamental también la globalización de los derechos, y seguir peleando por ello. No se me ocurre otra cosa mejor que hacer.

En cuanto a la conciliación de la vida personal y profesional, es necesario que nos lo tomemos más en serio. Porque no se está invirtiendo en hacer una verdadera política que facilite dicha conciliación. También tenemos que seguir insistiendo en la creación de más empleo, seguir ensanchando el tejido productivo y crear más actividad económica. Y es fundamental terminar con la corresponsabilidad en la política de empleo, porque es uno de los mayores indicadores de una sociedad que madura día a día, y, en ese sentido de la maduración, vuelvo a decir que lo más importante es crear y aceptar un nuevo contrato social en el que todas las personas seamos corresponsales de la igualdad.

# La Inspección de Trabajo y Seguridad Social ante la discriminación en el acceso al empleo

**Eduardo Martín Toval**

---

- Inspector de Trabajo y Seguridad Social en Málaga.
- Pionero en la investigación del Mobbing o acoso moral en el trabajo.



El tema de la igualdad laboral es bastante complicado porque contiene muchos y muy diferentes problemas que se deben tratar desde todas las perspectivas. La mayor parte de estos problemas, como pueden ser el salario o las condiciones de trabajo, son perfectamente detectables y catalogables. Pero hay uno que es el más grave y el más complicado de resolver: la discriminación en el acceso al empleo. La principal traba para solventarlo es que ni siquiera los agentes jurídicos, sociales o sindicales lo pueden detectar, ya que todavía no existe la relación laboral trabajadora-empresa. Así, la posibilidad de negociar condiciones de acceso cuando la persona no es trabajadora queda en el terreno de la indefensión, no está contemplada en los convenios colectivos. A esto se le suma el hecho de que la mayor parte de las mujeres no denuncian la discriminación por temor a posibles represalias por parte de la empresa, sobre todo, si viven en zonas pequeñas. Por lo tanto, si no hay una reacción contraria a esta situación, como por ejemplo, una denuncia, es imposible detectar estos casos.

Los datos corroboran la existencia de discriminación laboral. La pirámide es evidentemente desfavorable hacia la mujer en el empleo, tanto en la ocupación en general, como en la del sector femenino. En el 2001 la tasa de actividad de las mujeres, según datos de la encuesta de población activa, era del 46 por ciento; mientras que la de los hombres estaba en el 67,5 por ciento. Por otro lado, a finales del año 2002 las mujeres representaban el 38 por ciento de la población ocupada. Esto nos demuestra que existe una clara situación de desigualdad entre sexos en el mercado laboral.

Para la Unión Europea el objetivo 2010 de empleo femenino se sitúa en el 60 por ciento. España se encuentra a la cola, porque en el año 99 la tasa era del 37,3 por ciento, y actualmente es del 38 por ciento; a esto hay que añadir que la tasa de paro está a la cabeza de la Unión Europea. Ésta es la situación general de la mujer en España, que se expresa también con esa proyección, donde el punto intermedio es el objetivo 2010.

Ya se ha avanzado bastante en la situación de la mujer, pero todavía queda un tramo de difícil consecución para alcanzar lo marcado para el 2010. En el caso de los hombres, los datos nos demuestran que los objetivos son previsiblemente realizables, ya que el avance ha sido mayor. En Andalucía sucede lo mismo. La distribución por sectores es la siguiente: los hombres están en el 54 por ciento en el sector servicios, y la mujer en el 85 por ciento; los hombres en la construcción están en el 20 por ciento, mientras que las mujeres sólo en el uno por ciento. Es curioso este último dato porque la construcción es el único sector en el que la mujer está algún punto por encima del promedio salarial; esto es consecuencia de que el escaso empleo femenino que existe en el sector se da en niveles altos de profesionalidad, arquitectos técnicos, arquitectos, jefes de obra, etcétera. Pero es difícil encontrar, por ejemplo, a mujeres albañiles. Ésta es la situación en Andalucía que, comparada con España, nos da unos datos que demuestran que tenemos una distribución aún más alta en relación a la segregación horizontal por sectores, particularmente en los servicios.

El Programa de Estrategias Comunitarias en materia de igualdad entre mujeres y hombres es, a mi entender, un compromiso que si se cumple nos permitirá a todos avanzar más decididamente en la solución de este problema. En él no se introduce expresamente el concepto de igualdad de trato en el acceso al empleo, pero sí el genérico; por tanto, el Programa de Estrategias Comunitarias, al hablar de ejecución de actividades horizontales,

está tocando prácticamente todos los objetivos. Me parece interesante en el marco de ese Programa Comunitario el hecho de que, del IV Plan de Igualdad 2003/2006, no se haya ejecutado nada. Todavía no está en aplicación. Aquí hay tres cuestiones fundamentales que hay que resaltar sobre el resto.

La primera es que existe un compromiso claro para elaborar un proyecto de ley sobre la aplicación del principio de igualdad de trato en el mercado laboral entre géneros, que ha de tratar, por supuesto, el tema del acceso al empleo. En dicho proyecto de ley, o fuera de él, aunque lo lógico es hacerlo con una modificación del Estatuto de los Trabajadores, se establece el compromiso de introducir formalmente los conceptos de discriminación directa e indirecta de la normativa.

Voy a hacer hincapié en que es la primera vez que el Plan de Igualdad de Oportunidades habla de la inspección de trabajo, y lo hace para indicar que se programará prioritariamente una acción para erradicar cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo en el trabajo; prestando especial atención a la discriminación salarial. Hay un proyecto de avance basado en un programa para el estudio, análisis e investigación por parte de la inspección de trabajo y de las autoridades laborales correspondientes (las comunidades autónomas). En él se pone énfasis en dos aspectos de la discriminación laboral genérica: la discriminación salarial y el acoso sexual como elemento de referencia. Estos aspectos son importantes porque hay compromisos que permiten un aval muy concreto, ya que exigirían una acción de gobierno, no una ley, para crear un programa específico de actuación de la inspección de trabajo en la materia. En todo caso, el compromiso está aprobado por el Consejo de Ministros.

Es necesario saber, antes de nada, cuáles son las funciones de la inspección de trabajo. Las básicas son las de vigilancia y exigencia del cumplimiento de toda la normativa laboral, y, en particular, en materia de colocación y empleo, y de agencias de colocación. Éste último es un tema árido y olvidado porque es difícil que la realidad legal se acomode en todos los aspectos a la realidad social. Las agencias de colocación lucrativas no están legitimadas, sin embargo, existen porque están reconocidas como no lucrativas. También hay casos de intermediarios de empleo que no están autorizados para ello, como las empresas de trabajo temporal. La realidad es que no son ETTs (Empresas de Trabajo Temporal), sino empresas de intermediarios de empleo, o de precolocación para la colocación definitiva en la empresa correspondiente.

Otra de las funciones es la de asistencia técnica, que consiste en facilitar a empresas, trabajadores y a sus representantes (sindicatos, asociaciones patronales, etcétera) información técnica con ocasión del ejercicio de la función inspectora. Además, tiene la obligación de emitir los informes a los jueces cuando así lo prevea la Ley 48/97. Si un juez solicita un informe de la inspección de trabajo, normalmente, se realiza y se emite. Otra cosa distinta es que hay informes preceptivos, que están en la norma; un ejemplo es la clasificación profesional, que es un proceso específico de la Ley de Procedimiento Laboral que requiere siempre informe previo de la inspección. En todo caso, en materia de acceso al empleo puede haber acción de informe y asesoramiento vinculante para el juez si la inspección de trabajo ha actuado en la materia a instancia de quien haya denunciado el tema.

También es interesante conocer cuáles son las medidas que se pueden derivar de la acción inspectora, en caso de encontrar algún tipo de anomalía. Hay que analizar qué está mal y qué se le debe requerir al sujeto responsable según la norma. Si se constata que se ha producido discriminación, se requiere al empresario. Yo he llevado un caso que fue consecuencia de la actuación inspectora. Hubo una denuncia de una trabajadora embarazada a la que no se le había cumplido el contrato, y ella entendía que era por razón de embarazo. Acudió a la inspección de trabajo, y después tenía previsto acudir al juez de lo social. La actuación inspectora pidió formalmente a la empresa que cesara en su actuación discriminatoria, y resolviera el problema de contratación que se planteaba. Se hizo así porque previamente se sondeó la posibilidad de que lo cumpliera, ya que el inspector encontró otros muchos problemas, y consideró posible el cumplimiento. Pero lo normal en estos casos es que, si

hay infracción, se inicie un procedimiento sancionador con extensión del acta de la infracción. Pero también se puede iniciar el proceso de oficio mediante comunicación de la autoridad laboral, que en Andalucía es la Delegación de Empleo y Desarrollo Tecnológico. La inspección de trabajo no tiene competencias para ejercer funciones de tutela de derechos fundamentales; ésta es función del Poder Judicial. Lo que sí debe hacer la inspección de trabajo es demanda de oficio en caso de encontrar anomalías; así, la trabajadora no tendrá que hacerlo, y será la inspección, directamente, quien denuncie la situación al juzgado de lo social.

Nuestra Ley 42/97 dice que, si se aprecia la posible comisión de un delito público perseguible de oficio, la inspección de trabajo debe remitir al Ministerio Fiscal los hechos que haya encontrado y comprobado para que se persiga al sujeto responsable. Lo que ocurre es que es muy complicado probar los hechos discriminatorios. El Código Penal dice literalmente: "reparando los daños económicos que se hayan derivado, cuando hayan sido requeridos o sancionados administrativamente". Por tanto, la comisión de un delito público requiere una previa actuación de la inspección de trabajo; y para que un empresario pueda ser imputado tiene que constatarse, no sólo que ha discriminado, sino que ha habido una actuación de la inspección de trabajo que le ha sancionado porque ha apreciado infracción en los derechos de igualdad de trato en el acceso en el empleo, y éste, flagrantemente no lo ha cumplido. De lo contrario, es muy complicado que la jurisdicción de lo penal entienda que hay delito.

En cualquier caso, lo que es un requisito inexcusable es que haya funcionado previamente la inspección de trabajo. Éste es un dato relevante porque es un precedente introducido en una de las últimas reformas del Código Penal, y es de los pocos preceptos tipificadores de delito o de falta en que se introduce la previa acción de la administración.

En cuanto a la normativa aplicable, la normativa internacional es la fundamental. Tenemos un referente del año 1958, el Convenio 111 de la OIT, en el que ya se trataban estos temas de la igualdad en el empleo. Otro precedente es el Tratado de Roma, que hoy es el de Ámsterdam por la reforma del 2 de octubre de 1997, y la Directiva 76/207 (artículo 36 principalmente).

Por supuesto, creo que es importante hacer una referencia a la inversión de la carga de la prueba en los procesos correspondientes. Esto está recogido en la Directiva 97/80, hecha por el Consejo y el Parlamento Europeo al dictado del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en una de sus sentencias.

Del Tratado de Ámsterdam podemos extraer los artículos 141.3 (el antiguo 119 de Roma) y 141.4, que son los que hablan expresamente de igualdad de oportunidades e igualdad de trato en asuntos de empleo. El propio Tratado legitima normativamente las medidas de acción positiva a favor del sexo menos representado. En cuanto a las directivas, voy a hacer hincapié en la 76/207, modificada en el texto de la 2002/73. De hecho, ésta última lo que hace es introducir en la originaria (76/207) los criterios básicos que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido implantando en su interpretación, y que después ha sido recogido prácticamente por todos los países y sus órganos jurisdiccionales máximos; en nuestro caso por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo.

El objetivo de igualdad entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, dice el 1.1 bis, supone también la ausencia de toda discriminación. Esto no se había contemplado hasta el momento, y es consecuencia de la interpretación jurisprudencial que introduce el concepto de discriminación indirecta en relación a las condiciones de acceso al empleo. Dice además, que esto será sin perjuicio de que los gobiernos puedan establecer condiciones de contratación, cualquiera que sea la actividad, el sector, el nivel de la jerarquía profesional y, por tanto, las categorías profesionales. Siempre debe haber igualdad. Pero la propia Directiva establece, recogiendo la sentencia de 1991 del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas, que los estados miembros podrán disponer, por lo



que respecta al acceso al empleo, de una diferencia de trato siempre que esté bien justificada en relación a unas actividades profesionales concretas; siempre que se haga de manera transparente y por norma habilitante adecuada. Con esto se refiere a que el objetivo “de esa excepcionalidad” debe ser legítimo, y el requisito que se establezca, proporcional y adecuado. Siguiendo con esta Directiva, tengo que decir que hay un mandato a todos los estados miembros para que declaren nula o modifiquen las disposiciones que sean contrarias al principio de igualdad de trato.

Todas las directivas europeas que hacen referencia al trabajo, cuando quieren establecer reglas de funcionamiento que permitan el ejercicio de los derechos por parte de los ciudadanos, dan siempre la alternativa a procedimientos judiciales o administrativos. Y aquí me parece importante resaltar que se vuelve a introducir este tema porque no hay procedimiento administrativo específico para las acciones contra la discriminación empresarial en materia de género. No existe en el acceso al empleo, pero tampoco en cualquiera de las restantes cuestiones en las que se puede producir discriminación de género. Además, hay un mandato de la Directiva 76/207 que no ha sido cumplido por el Estado español en ningún caso, y esto tiene su importancia a la hora de interpretar la Directiva relativa a la inversión de la carga de la prueba. La propia Directiva 76/207 establece algo que no estaba contemplado antes respecto al procedimiento administrativo, aunque sí respecto al judicial. Se introdujo después de la sentencia del Tribunal Constitucional relativa al caso de la discriminación colectiva a mujeres en la fábrica FASA Renault Valladolid, que fue consecuencia de una denuncia sindical, y no de las trabajadoras interesadas. El Tribunal Constitucional legitimó que, efectivamente, podía ser ésta la parte iniciadora de un proceso judicial, es decir, la avala, aunque el Tribunal Supremo no había dado la legitimación activa a los sindicatos para recurrir. Esto se establece en la Directiva como consecuencia de la reforma del 2002, y debería estar en nuestra norma. Habría que modificar la Ley de Procedimiento Laboral para introducir que la acción para propiciar una decisión judicial de protección o tutela de derechos fundamentales pueda ser iniciada por asociaciones representativas, organizaciones u otras personas jurídicas; es decir, no debe partir, únicamente, de la persona afectada por la agresión de su derecho fundamental.

Por lo tanto, la denuncia puede ser individual o de una organización. Es decir, los sindicatos o el Instituto Andaluz de la Mujer pueden denunciar a la inspección de trabajo para instar a la actuación si hay indicios de que se ha producido una acción discriminatoria en un momento determinado. Esto está resuelto para nosotros, pero es importante para la actuación de la inspección que exista un soporte específico en materia de discriminación por razón de género de la Directiva 2002/73, que es la que introduce ese texto. Y también porque eso requeriría la transposición correcta del artículo 8.5 de la Directiva 76/207, modificada por la 2002.

Sería necesaria también una modificación de la Ley de Infracciones y Sanciones en materia laboral, que es con la que trabajamos los inspectores a la hora de proponer sanciones a los empresarios que hayan cometido discriminación. Esta ley está anticuada porque desde el año 1988 no se ha reformado, y las sanciones contempladas no resultan disuasorias; todo lo contrario, son ridículas y no estimulan a que el empresario cese en su actuación discriminatoria. En la normativa europea, el artículo 8.5 dice, expresamente, que los estados miembros tienen que establecer un régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales para evitar la discriminación. Sigue diciendo que las sanciones, que pueden incluir la indemnización, deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias.

En España, la indemnización mínima legal es de 500.000 pesetas, y la máxima de 15.000.000. Dentro de este amplio baremo hay que argumentar por qué se elige una cantidad determinada, y si no se justifica de acuerdo a la normativa, habrá que aplicar el mínimo establecido. El gran problema es que al ser tan bajo este mínimo, en los casos de discriminación en el acceso al empleo, ni es disuasorio ni proporcionado. Esa es la principal razón existente para modificar la Ley de Infracciones y Sanciones española, porque, tal como está, no se adapta al mandato de la Directiva comunitaria en su artículo 8.5.

Esta modificación necesaria también es aplicable a los procedimientos administrativos, como expresa la Directiva comunitaria 97/80, que es la que establece las reglas de inversión de la carga de la prueba. Cuando la inversión de la carga de la prueba es relativa, quiere decir que basta con que la trabajadora que demanda por discriminación plantee indicios, hechos que permitan presumir la existencia de que ha habido discriminación. Entonces, será el demandado quien tenga que demostrar que esos indicios no se corresponden con una realidad discriminatoria. Eso es aplicable a los procedimientos judiciales, a los administrativos, y a la solución extrajudicial de conflictos. Pero, sobre todo, es importante en el caso de los procedimientos administrativos, porque si la actuación de la inspección investiga a fondo el caso y determina que hay discriminación, el planteamiento jurídico es innecesario. Se puede resolver el problema sin necesidad de echar mano al argumento jurídico de la inversión de la carga de la prueba.

De ahí que los poderes públicos tengan la obligación de promover las condiciones y remover los obstáculos para hacer posible que la igualdad de los individuos y los grupos sea real y efectiva. Ésta es la razón por la que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha avalado todos los planteamientos de acción, incluso los de acción positiva.

Aunque se ha dicho que en España no existe normativa ni jurisprudencia interna que legitime las acciones positivas de género, sí hay sentencia clara del Tribunal Constitucional que las habilita.

Todo esto ratifica que el artículo más importante de la Constitución Española en este tema, después del 14, es el 9. Porque si únicamente existiera el 14, sólo podría plantearse la igualdad formal, no la real, que se establece en el 9.

Uno de los principales problemas existentes en la discriminación laboral es que, a veces, los propios contratos tratan de encubrirla con argumentos escritos, e incluso con cláusulas firmadas por los empresarios y los trabajadores. Esto oculta la realidad y plantea elementos de igualdad formal que, en el fondo, representan una discriminación indirecta clara, una desigualdad real. Y aquí reitero el artículo clave de la Constitución, el 4, que es fundamental para la inspección de trabajo, ya que el 17 es un mandato para los jueces, que tienen que declarar nulas las decisiones unilaterales del empresario que supongan una discriminación favorable adversa en materia de empleo por razón de sexo. Lo importante, a los efectos de la actuación de la inspección, es el derecho de los trabajadores en general (recogido en el artículo 4) a no ser discriminados en el empleo por razones de sexo.

Ésta es, en general, la perspectiva del derecho del trabajador. Hemos visto que hay un responsable claro, que es el empresario, pero hay que añadir el artículo 16.2 del Estatuto de los Trabajadores, que nos habla de las agencias de colocación sin fines lucrativos. Dice el Estatuto de los Trabajadores que éstas son las que sólo pueden recibir como renumeración lo que aporte el empresario o el trabajador como coste del servicio; por tanto, no puede haber plusvalía por la gestión de la agencia. A pesar de todo, sabemos que existen verdaderas mafias de intermediación en la contratación y en el empleo.

La Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social, en su artículo 16.2, tipifica como infracción muy grave el establecimiento de condiciones mediante publicidad o difusión que contribuyan a producir discriminaciones adversas para el acceso al empleo por motivo de sexo. Éste es el precepto que la inspección de trabajo utiliza para proponer sanciones a los empresarios o a las agencias de colocación sin fines lucrativos que discriminen.

Otro tema es el de los convenios colectivos que, desgraciadamente, es uno de los grandes déficits de nuestro país. No hemos conseguido todavía que la negociación colectiva cubra los huecos que cubre en otros países de la Unión Europea. En esta materia hay estudios, aunque no muy recientes, insertos en todos los campos de trabajo. Durante los últimos cinco años del siglo pasado, 1995-2000, se han realizado diferentes estudios financia-

dos por el Instituto de la Mujer a nivel nacional. Por lo tanto, el tema se ha estudiado y se sigue estudiando, pero cuando se habla de la discriminación en el acceso al empleo por razón de género, lo primero que se cita, siempre, es la discrecionalidad del empresario para contratar; aunque la propia jurisprudencia establece que existe un límite a la discrecionalidad, que está, justamente, en el hecho de que el empresario no puede discriminar. Aún así, muy pocos estudios versan sobre la igualdad en el acceso al empleo, y los que lo hacen suelen remitirse a cláusulas genéricas o al artículo 4 del Estatuto de los Trabajadores; pero nunca definen el proceso de selección y la forma de intervenir en él. Es necesario saber qué cláusulas de igualdad en el acceso al empleo hay que introducir en los procesos de selección para asegurar que no se va a producir la discriminación; cómo el representante de los trabajadores va a poder controlar ese aspecto. Esto se vuelve muy complicado porque el proceso de selección se hace internamente en la empresa o en el sector, y es difícil entrar ahí. Tampoco se establece ningún tipo de medida de acción positiva en ningún convenio para el acceso al empleo. Por tanto, aquí tenemos una carencia tremenda, y es muy importante que todos seamos conscientes de que tenemos que cubrirla, porque el deficiente o inexistente desarrollo de determinados aspectos de las directivas comunitarias es algo muy grave. En otros países está cubierto por los contenidos de la negociación colectiva, particularmente, la asistencial, que es muy relevante, sobre todo, en los países nórdicos y Alemania. Pero en España seguimos con esta insuficiencia en materia de negociación colectiva.

Jurisprudencialmente el tema está mucho mejor. Tanto la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como las del Tribunal Constitucional contienen una legislación muy clara en esta materia; otra cosa es que, en la práctica, se esté utilizando bien el recurso de impugnación de las decisiones empresariales que discriminan por esta materia. No existe otro ámbito en Derecho Laboral General en el que los pronunciamientos jurisdiccionales sean más contundentes. Tanto un tribunal, como el otro, proclaman claramente en algunas sentencias que la libertad de contratación del empresario está limitada por la prohibición de discriminar directa o indirectamente por razón de sexo. El empresario tiene libertad de contratar y libertad de empresa, pero no posee libertad para discriminar o dañar.

En segundo lugar, hay que tener en cuenta que la negativa a contratar es relevante si el hecho prohibido por discriminatorio es el que impide la contratación. De manera que si un empresario se niega a contratar por esa razón, y se demuestra, éste tiene que cesar en su actitud discriminatoria. El Tribunal Constitucional dice claramente que, en la selección, no se pueden utilizar distintos requisitos para hombres y para mujeres. Por tanto, éste es un paso interesante para que en los convenios se introduzcan, sectorialmente, las cláusulas, criterios, o condiciones específicas para la selección, de forma que se evite la discriminación directa o indirecta en el proceso selectivo. Así lo estipula la jurisprudencia claramente.

Respecto al tema de la excepción de actividades, que introduce la Directiva 2002 al corregir a la 76/207, existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades que dice, contundentemente, que esta excepción es legítima si se utiliza con criterio muy restrictivo; además, debe referirse a actividades concretas, y no a profesiones, y tienen que establecerse de manera transparente y por norma publicada e impugnabile, es decir, recurrible. Esto es así porque el gobernante, al hacer la norma, también puede discriminar. Hay sentencias concretas que apuntan que no es una excepción que un empresario se niegue a la contratación de una mujer porque le suponga un mayor coste en el puesto de trabajo. También dice que tampoco lo es la protección de la mujer en una actividad concreta, salvo que se dé por razón de embarazo o maternidad, pero esto ocurre en todos los sectores sin excepciones. Otro criterio es que, efectivamente, está legitimada la adopción de medidas de acción positivas a favor de la mujer en el acceso al empleo; esto tiene su justificación constitucional en el artículo 92. La Directiva, según el Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, no obliga a imponer la contratación al empresario. Pero si el estado miembro ha optado por sanción o indemnización, ésta ha de ser disuasoria y adecuada a los perjuicios sufridos; por tanto, la modificación de la Directiva tiene soporte en la previa acción del Tribunal.

Hay que analizar cómo se plantea esto en la práctica. Normalmente, cuando se publica una oferta de trabajo discriminatoria se produce el funcionamiento de tres gestores presuntos de la discriminación. El primero es un medio de comunicación, agencia de publicidad, o soporte informático, como puede ser Internet; la segunda es la agencia de colocación sin ánimo de lucro; y la tercera es la empresa misma que oferta el empleo y que, finalmente, contrata. Ante esto, la inspección tendrá que determinar cuál de ellos es el responsable de la discriminación. Para nosotros no será el soporte mediático, sino la empresa ofertante y la agencia de colocación, si es la que hace la selección siguiendo las instrucciones precisas del empresario (ofertante). En este último caso las dos estarían implicadas. Si el empresario pide personal a la agencia de contratación, y demuestra que han sido ellos quienes han hecho el proceso selectivo discriminatorio, la responsable sería únicamente la agencia de colocación.

El tema, de todas formas, tiene su relativa complejidad. En la acción inspectora si uno y otro se resisten a dar información, e incluso se resistiera el medio de comunicación o el soporte informático, también podría ser sancionado éste por obstruir la labor inspectora. Porque todo ciudadano debe colaborar con la actuación de la inspección. Pero el medio de comunicación (mensajero) nunca podría ser sancionado o imputado de discriminación, sí el empresario y, en su caso, la agencia de colocación.

En la práctica no tenemos elementos previos. De ahí la importancia de que los convenios colectivos y los acuerdos en el seno de la empresa introduzcan pautas de comportamiento, elementos que estabilicen formas de hacer la selección, para evitar la discriminación desde el comienzo. Al no existir, es necesario analizar caso por caso para examinar si se ha producido acción discriminatoria.

Podemos rescatar algunos procesos relativos a este tema. El Instituto Andaluz de la Mujer, el 10 de abril del 2000, planteó dos casos que demuestran que existe un seguimiento del proceso selectivo. Se trataba de una selección a través de una web. La página en cuestión era [cispavistatrabajos.com](http://cispavistatrabajos.com), que es una de las que funcionan en esta materia. La descripción de la oferta, textualmente, era:

Administrativo varón con dominio de Office y disponibilidad horaria para una secretaría administrativa en escuela, academia, formación, traducción a tiempo parcial. Requisitos personales: varón entre 22 y 35 años, con disponibilidad de horario por las tardes y fines de semana, sobre todo los sábados por la mañana.

Esta oferta fue objeto de investigación y de sanción por parte de la inspección de trabajo de Madrid, ya que su centro de trabajo principal estaba en esta ciudad.

Otro caso es el de Infojobs, que es otra página de información de empleo. También se produjo una denuncia del Instituto de la Mujer a la dirección de la inspección de trabajo. La oferta era la siguiente:

Secretaria de alta dirección bilingüe para incorporación a prestigiosa fundación. Sus funciones se centrarán en dar atención a un alto cargo de la fundación. Estudios mínimos: licenciada; experiencia mínima: más de cinco años; imprescindible residente en España. Muy buena presencia; edad a partir de 40 años; soltera o sin cargas familiares; y flexibilidad horaria total.

Además, establecían otro requisito imprescindible que era: libre del servicio militar. Éste es un caso extremo porque demuestra claramente que no controlan la selección, sino que simplemente utilizan un programa de rellenado de la oferta. El caso era muy complicado de llevar ya que la oferta implicaba discriminación positiva a la mujer. Pero hubo investigación porque los requisitos introducían claramente una acción discriminatoria por situación familiar: soltera, sin cargas familiares y a partir de 40 años. Porque se supone que, a esa edad, la mujer ha decidido no tener hijos, y así la empresa elimina este problema de raíz.

Otro caso muy interesante relacionado con el proceso de selección fue el escándalo Sánchez Romero, en el año 2002. Un profesional de los medios de comunicación encontró en un contenedor en Madrid documentación

relativa al proceso de selección que se hacía en los supermercados Sánchez Romero. En las fichas de selección del personal había anotaciones manuales del tipo: "no, por extranjero", "no, por extranjero sin permiso", "permiso en trámite", "no, por extranjero y mayor", "no, por discapacitado psíquico, tiene unos dientes delanteros muy grandes, no vocaliza bien", "gitano", "es fea y de Parla", "es separada", etcétera. La inspección de trabajo actuó en profundidad conjuntamente con la dirección de la empresa, con los gestores de la selección de personal internos, y con los datos estadísticos correspondientes. Resultó que en la empresa había personal de uno y otro sexo, con hijos y sin hijos, de menos de 40 años y de más de 40 años, de Parla, extranjeros, etcétera. Lo importante de este caso es que se trata de un supuesto de utilización de un derecho fundamental de igualdad de trato en el empleo por un señor que lo había hecho todo por venganza, porque no había recibido una indemnización. Al final, el informe no se pronunció, lo pasó al Ministerio Fiscal y todavía hay un proceso judicial pendiente que no sabemos como terminará. Aquí se demuestra que el seguimiento del proceso de selección es un tema bastante complejo, en el que hay que andar con pies de plomo.

Tengo otros casos más que también son interesantes. En concreto, uno relacionado con la hostelería y las ETTs. Es el típico caso de la empresa de trabajo temporal que, en el fondo, actúa como empresa de colocación. Esto se da mucho en el sector de la hostelería, en el que existen empresas de trabajo temporal que son "filiales" de grupos hoteleros, y que figuran como soportes, funcionando como bolsa de selección de personal para integrarse en los hoteles. En este caso lo que ocurrió fue que se presentaron cuatro trabajadores, tres trabajadoras y un trabajador; él como valet de pisos, y ellas como camareras. Todos son contratados por la ETT hostelera desde enero hasta abril de 2002. Una de las trabajadoras conoce su situación de embarazo y lo comunica el 1 de abril. En esa fecha, todos vuelven a ser contratados menos ella. Este hecho demuestra que, efectivamente, la no renovación del contrato fue por razón del embarazo, ya que tenía incluso informes verbales por parte de la gobernanta de que funcionaba muy bien en su trabajo.

Es fundamental hacer referencia también a que, sea cual sea el modo de actuar de la inspección de trabajo, lo fundamental es que haya denuncias, de lo contrario, es difícil plantear el tema en condiciones. La sanción, como he dicho, puede oscilar entre 500.000 pesetas y 15 millones por falta muy grave. Pero el baremo es muy amplio, y para que el inspector pueda subir algo más de 500.000 pesetas tiene que justificar la discriminación con la concurrencia de circunstancias agravantes específicas que constan en la ley, y eso lo hace dificultoso.

Un elemento que me parece importante resaltar es el hecho de que las actas de la inspección tienen presunción de certeza, es decir, todo lo que el inspector exponga en el acta es indicio de discriminación. Por lo tanto, si hay acta de infracción y actuación administrativa previa, habrá un mejor y mayor apoyo para una acción judicial posterior. Por supuesto, la actuación, si hubiera demanda de oficio, tiene que suspenderse; por eso, es importante actuar en su caso ante la inspección para que vaya funcionando, y una vez que la inspección haga el acta de infracción se acudirá a los tribunales. Ya que, al ser una declaración por derecho fundamental, no tiene plazo de reclamación.

La conclusión final y básica que planteo es que la inspección de trabajo puede jugar un papel muy importante en el tema de la discriminación laboral en el acceso al empleo si entre todos colaboramos y utilizamos los instrumentos que existen actualmente.

**Pregunta.** Tenemos una buena normativa a nivel europeo, y una normativa nacional con algunas lagunas de reglamentación. Pero es cierto que en el día a día hay muchos casos concretos de discriminación en el acceso al empleo.

Quiero hacer referencia al tema de las relaciones laborales de una persona que no ha accedido aún al empleo. Es bastante complejo porque queda fuera del ámbito del convenio colectivo, y, prácticamente, no hay posibilidad de negociar condiciones de acceso en el ámbito del convenio cuando la persona ni es trabajadora, ni se puede ubicar en un sector determinado dentro de los sindicatos ya que, al no ser trabajador, todavía no se puede afiliarse a ningún sector. Esto queda en el ámbito de la indefensión, con la excepción de lo que le puede ofrecer el Instituto Andaluz de la Mujer o el Servicio de Defensa Legal con los sindicatos. Por esa razón, pienso que sería interesante introducir este elemento en la comisión de igualdad, para que los empresarios sean conscientes y den participación a los sindicatos en estas comisiones de selección. El gran problema es que, con el empresario que tenemos, será una tarea difícil.

**Pregunta.** Es complicado adivinar las causas por las que existe todavía discriminación laboral, sobre todo, porque contamos con instrumentos legales suficientes para actuar en la materia. Mi opinión personal es que se falla porque todavía existen condicionantes que hacen que las mujeres, al acceder a puestos de trabajo, tengan dificultades. Hay un imaginario colectivo que piensa que las mujeres somos de una determinada manera y, por eso, no podemos acceder a ciertos puestos de trabajo, además, cuando accedemos nos pueden castigar.

Me voy a centrar un poco en la negociación colectiva. Es verdad que se está produciendo un avance en este tema, aunque muy lento. Existe un convenio que aplica acciones positivas para el acceso de la mujer a determinadas profesiones. Además, cada vez más hay mujeres, porque desde los sindicatos estamos trabajando duramente para conseguir la igualdad dentro de la negociación colectiva. Lo que ocurre es que ésta es cosa de dos, y nuestra clase empresarial no es la más predispuesta. De cualquier modo, vamos a llegar a un acuerdo con los empresarios en el que se habla de acciones positivas. A todo esto hay que añadir que existe una mentalidad esquematizada entre los propios compañeros de los sindicatos que cuesta trabajo romper, aunque poco a poco lo estamos consiguiendo.

El tema de la denuncia también lo considero complicado. Denunciar a un empresario porque no contrata a una mujer es difícil. Primero de todo, porque ellas no quieren denunciar, ya que la Justicia es lenta y la inversión en la carga de la prueba no se produce en muchas ocasiones. Sabemos que la Justicia es masculina, como tantos otros ámbitos de la sociedad. Después está el papel de la inspección de trabajo, que también es arduo porque, ciertamente, no existen medios materiales y humanos para llevar a cabo toda la legislación. Además, existe una gran carencia de formación en la mayoría de los inspectores. Aunque hay excepciones, casi ninguno de ellos está formado en temas de discriminación laboral por razón de sexo. En la carrera de Derecho no se estudia, y la única forma de conocer el tema es estar en contacto directo con la realidad social y con los sindicatos. Tampoco hay medios suficientes para cubrir las necesidades existentes. En Andalucía, por ejemplo, sólo hay 80 inspectores, y estos se centran, sobre todo, en temas de accidentes laborales o fraudes en la contratación. Pero en lo relativo a la discriminación salarial, el acceso al empleo o el acoso sexual no se trabaja nada. La inspección de trabajo iba a desarrollar un programa sobre estudios de discriminación salarial en once empresas de Andalucía, pero se ha parado completamente. Con esto quiero reseñar la complejidad del tema, aunque no debemos desanimarnos porque, poco a poco, estamos avanzando. Hay empresarios que se comprometen, que se han tomado en serio el tema de la discriminación y tratan de erradicarlo.

También es interesante el hecho de que los gobiernos no acaban de tomarse en serio el acuciante problema de la maternidad, que es la principal dificultad que tienen las mujeres españolas en el empleo. El embarazo y la maternidad son la causa de la mayoría de los despidos que se producen.



**Respuesta conjunta a las intervenciones anteriores.** Cuando he hablado de la carencia existente en la negociación colectiva, no me refería a que los sindicatos fueran los responsables de eso. Para resolver el tema de la dificultad de contemplar el acceso al empleo en la negociación colectiva es necesario introducir cláusulas que hagan referencia al mismo. En todo convenio hay cláusulas normativas y obligacionales, y en estas últimas cabe establecer incluso una bolsa de empleo. Hay empresas que tienen ya introducidas en el convenio la bolsa de empleo y sus reglas. Y es positivo porque así resultará menos manipulada, no ya por razones de género, sino por razones de nepotismo puro. Eso se puede hacer perfectamente en las cláusulas obligacionales de los convenios, sobre todo en los de empresa. Es bueno ir más allá de los acuerdos de concertación y entrar en los convenios, porque estos se hacen entre dos, y si uno de ellos no quiere pactar, no se pacta. Lo que no me parece correcto es tapar nuestras propias carencias culpabilizando a los demás. No es aceptable porque es completamente incierto, ya que se está funcionando, aunque sea insuficientemente. Muchos compañeros están trabajando duramente en el tema.

Yo he planteado mi postura en relación a la actuación de la inspección en esta materia como una intervención que debe solaparse, en su momento, con la acción judicial inexcusable de protección de derechos fundamentales. Si ha habido un despido procedente, el trabajador debe apelar o recurrir. Pero si no ha habido todavía pronunciamiento judicial, o una vez que éste reafirma el contenido de la denuncia del trabajador, la inspección puede actuar. Los medios existentes actualmente son insuficientes, aunque no nos encontramos en una situación nefasta. Lo primordial hoy en día es que esto arraigue socialmente, pero no por parte de los sindicatos ni de la inspección, sino porque tenemos una realidad social que hace que la trabajadora que se siente discriminada en el empleo no se atreva a denunciarlo siquiera. Hay una discriminación real de fondo social, y eso es muy difícil de romper hasta que lleguen nuevas generaciones.

**Pregunta.** Se ha hablado del Plan de Igualdad como prioridad en la sección de la inspección de trabajo para erradicar cualquier discriminación directa o indirecta. La cuestión que yo planteo es si se ha acompañado este plan con una partida presupuestaria que cuente con una ampliación de inspectores de trabajo y con cursos de formación. Porque son insuficientes y los que hay no están formados y sensibilizados en la materia.

Por otra parte, se ha comentado el caso de una trabajadora a la que no se le renovó el contrato temporal y se solucionó gracias a la actuación de la inspección de trabajo. Yo me pregunto cómo se articula eso con los plazos de caducidad que tiene una no renovación de contrato, que son 20 días, más la lentitud de la inspección de trabajo y de la jurisdicción social. Porque, al menos en Sevilla, todo lo que suena a procedimiento judicial de despido se remite directamente a la jurisdicción social, y aquí es difícil jugar con los plazos.

Y por último, preguntarle qué opinión le merece la relación que tiene el acoso, como figura distinta del acoso sexual, en la Directiva de 23 de septiembre de 2002. A mi entender, aunque lo distingue del acoso sexual, ha defraudado las expectativas que teníamos en cuanto a la implicación de la Comunidad Europea para ponerle el apellido de "moral", y lo ha dejado en un término neutro muy parecido al de acoso sexual, no rellenando así el hueco existente en las legislaciones comunitarias para transcribirlo a las redacciones internas.

**Respuesta.** Efectivamente, lo que estaba previsto es que la Directiva 2002 integrara los conceptos de acoso moral, acoso sexual y MOBBING. Pero no lo hace, aunque abre el planteamiento. Yo, particularmente en mi tesis, creo en el acoso empresarial como término general, porque hay otros tipos de acoso que se dan también en la empresa. El acoso empresarial ha existido siempre, y tenemos normas para corregirlo, porque se traduce, desde la inspección de trabajo, en la actuación que se puede hacer. En el 99 por ciento de los casos se producen situaciones de esas características, por tanto, desde la perspectiva normativa española se puede actuar. Sin embargo, es importante que el acoso sexual se haya desarrollado bien en la Directiva, porque prácticamente no había nada sobre el tema.

# Los principios de no discriminación e igualdad de oportunidades en el acceso al empleo. Balance y perspectiva a la luz del Derecho Comunitario

**Cristóbal Molina Navarrete**

- Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.
- Doctor por la Universidad de Bologna.
- Responsable principal del Observatorio del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales en Empleo y Prevención de Riesgos Laborales.
- Investigador principal del proyecto de Investigación de Desarrollo financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología sobre estrategia europea por el empleo, políticas locales e inserción del colectivo más desfavorecido.
- Experto en relaciones laborales y políticas de empleo.





España va bastante más retrasada en el tema del reconocimiento de los derechos de la mujer que otros países europeos. Por ejemplo, es de los pocos países que no tiene una legislación de acciones positivas en sentido estricto. Generalmente se piensa que la elaboración de una ley solucionaría todo el problema; pero, en algunas ocasiones, son muchos más importantes los factores psicosociales que una legislación. Esto no quiere decir que haya que restar importancia a la ley, porque hay materias en las que una legislación adecuada es importante, y ésta es una de ellas, ya que para transformar la situación de desigualdad es necesario un instrumento normativo.

En España hay un elemento fundamental que es la negociación colectiva, al que no se le ha sacado mucho partido. Recientemente, se firmó un acuerdo (ANCE 2003) que tiene como uno de sus capítulos fundamentales el tema de la igualdad de oportunidades. Ya lo tenía el año pasado y este año vuelve a tenerlo, lo que quiere decir que no se ha avanzado nada. Al menos sí que hay una toma de conciencia de que la negociación colectiva en el ámbito de la organización y el diálogo puede ser la mejor fórmula para llevar adelante temas que en España cuestan mucho desarrollar desde el punto de vista legal. De hecho hay una nueva razón para hacer eso. Se acaba de aprobar, aunque todavía no está en vigor porque la transposición es para el 2005, la Directiva 2002/73 que modifica el marco general de la protección frente a la discriminación, y también en materia de igualdad de oportunidades. Uno de los motores de esta Directiva es, justamente, implicar a los interlocutores sociales en esa política.

El análisis de negociación colectiva es bastante penoso a estos efectos en España, porque todavía siguen existiendo algunas cláusulas ilegales que mantienen condiciones que pueden ser, tanto directa como indirectamente, discriminatorias. Por lo tanto, si el tema está así, pedir un compromiso para establecer acciones positivas parece bastante complicado. De cualquier forma, el mandato está ahí. Por esa razón, me parece que es mejor analizar esta cuestión desde la perspectiva del derecho comunitario, porque es el motor más importante para poner en marcha el camino real de la igualdad. Pero, ojo, se trata sólo de un impulso dinamizador; no es ninguna panacea.

El derecho comunitario tiene sus problemas, incluso al compararlo con la Constitución Española no estoy muy seguro de que uno sea mejor que la otra. Lo que ocurre es que la Constitución hay que aplicarla, y eso no suele hacerse. Parece que cuando las cosas vienen de Europa están muy claras, pero cuando están aquí no las valoramos. En este contexto tenemos que ver cuál es el marco de actuación. Para ello, me gustaría hacer referencia a tres cuestiones que considero fundamentales.

La primera es clarificar los conceptos, porque si no tenemos clara la terminología, difícilmente podremos llegar a entendernos. No es lo mismo discriminación, igualdad de trato e igualdad de oportunidades, por ejemplo; y tampoco tienen el mismo tratamiento normativo.

Una vez que tengamos claros los conceptos, hay que analizar cuál es la situación actual del derecho comunitario. Conocer las fuentes, las directivas, saber qué dice el derecho fundacional y los cambios que se han producido en los últimos años. Es importante también conocer la carta comunitaria de derechos fundamentales elaborada en el año 2000 en Niza, en la que se recogen muchísimos derechos: civiles, políticos, de solidaridad, de

igualdad, etcétera. Y un tema fundamental aquí, junto a la no discriminación, es el principio de igualdad de oportunidades, porque en los textos comunitarios no se define como derecho; y en el artículo 23 de la carta sí aparece como tal. La carta comunitaria es un instrumento no vinculante, es decir, aún no es una norma jurídica comunitaria, pero ya se está discutiendo si lo va a ser. En la conferencia intergubernamental de 2004 se dilucidará si efectivamente se incorpora o no a los trabajos. Ahí hay algunas opciones nuevas que habría que analizar.

También hay que hacer hincapié en la necesidad de estudiar a fondo la legislación. Si prosperaran ciertas lecturas veríamos que la situación no es tan novedosa como inicialmente parece. Conocer bien un ordenamiento es tratar de sacarle todas sus posibilidades y evitar que nazcan ciertas corrientes que terminen desnaturalizando o infravalorando determinados instrumentos normativos, como lamentablemente ocurre hoy en nuestro país.

El tercer punto es conocer cómo se proyecta el derecho comunitario en nuestro país, y analizar cuál es la situación en España. Y, a modo de conclusión, trataré de hacer un análisis de las nuevas perspectivas o cláusulas abiertas, las nuevas opciones.

De la misma manera que hay una tendencia en nuestro país a creer que la autonomía colectiva no está en condiciones legales, es decir, que no tiene legitimidad suficiente para establecer medidas de acciones positivas fuertes, como pueden ser determinadas cuotas, reservas o preferencias de empleo; se dice que, con una determinada interpretación del artículo 17.2 del Estatuto de los Trabajadores, eso no sería posible. De hecho, hay jurisprudencia del Tribunal Supremo discrepante. Tenemos una sentencia del año 1994 que dice que, efectivamente, sería ilegítimo que la negociación colectiva estableciera medidas fuertes de acción positiva. Mientras que hay otra sentencia, en relación al caso FASA Renault, en la que hubo un compromiso por parte de la empresa de hacer 120 contratos única y exclusivamente a mujeres para compensar la infrarrepresentación existente en la empresa. FASA Renault lo incumplió y se inició una batalla judicial muy dilatada con varias sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Al final se ganó, porque se entendió que ese incumplimiento era contrario a la Constitución y al artículo 14; pero nunca se cuestionó la legitimidad de garantizar que sólo se hicieran determinados contratos a mujeres para compensar la falta de representación que había en la empresa en los años anteriores. Esto es muy importante porque, aunque el tribunal no se lo plantea abiertamente, no lo cuestiona. Si hubiera entendido que era ilegal, así lo hubiera expresado. Sin embargo, sólo hizo un discurso programático y favorable.

El ordenamiento español está obsoleto conceptualmente, está muy atrasado en materia de discriminación laboral. Es necesaria una transposición de la directiva, porque el problema, sin duda, no es de obstáculos en la Constitución o en el derecho comunitario. No existen obstáculos serios o insalvables para introducir programas más comprometidos de acciones positivas, o para hacer efectivo el principio de igualdad de oportunidades. No es cierto que la jurisprudencia comunitaria impida esas medidas; pudo ser restrictiva en un primer momento, pero ahora mismo no lo es. Es más, no sólo no es cierto, sino que si no existieran medidas de ese tipo referidas a la no discriminación no podría conseguirse la igualdad de oportunidades, y todo esto sería perder el tiempo.

Cuando la directiva habla de igualdad de trato está presuponiendo que hay igualdad de oportunidades; pero como la realidad nos demuestra que no hay igualdad de oportunidades, la igualdad de trato es un supuesto y no un derecho, como, nos quiere hacer creer la directiva. A veces, ni siquiera las directivas o el derecho fundacional comunitario marcan las diferencias entre los conceptos. Sin embargo, la diferencia conceptual y normativa es fundamental, porque tiene desarrollo normativo y principios distintos. En términos generales, hay que distinguir tres ámbitos distintos:

1. La prohibición de discriminación. Este principio se impone independientemente de la legislación que haya; porque es un mandato directo, contundente de los textos constitucionales y fundacionales. Hay que verlo en sus dos niveles:

- discriminación directa, aquella que toma el sexo como referencia inmediata.
- discriminación indirecta, aquella cuyo referente es neutral desde el punto de vista del sexo, y que, por tanto, implica igual a hombres y a mujeres; pero su proporción, sus consecuencias y sus incidencias son notablemente mayores en uno de los grupos. En España actualmente no existe el concepto legal de discriminación indirecta, no hay ni una sola norma en la que aparezca, aunque el Tribunal Constitucional lo ha usado en multitud de ocasiones.
- La no discriminación es un principio absolutamente reconocido en el derecho comunitario, muy consolidado y con un aparato normativo bastante importante.

2. La igualdad de trato. Este principio sólo vincula a los poderes públicos y no directamente a los empresarios; esto significa que, o hay instrumentos específicos para realizar el principio o no se puede exigir directamente que se trate de igual manera a trabajadores y trabajadoras en las distintas condiciones de trabajo. En la no discriminación, da igual que haya o no instrumentos, porque es vinculante de inmediato y se puede seguir ante los tribunales; pero el principio de igualdad de trato necesita de instrumentos específicos que lo prevean, de lo contrario, no es vinculante. En el ordenamiento español no está contemplado el principio de igualdad de trato, ni tampoco en ningún ordenamiento occidental, aunque sí existe un compromiso por parte de los legisladores comunitarios y nacionales. De hecho, el artículo 13 del Tratado Fundacional ya recoge este mandato.

3. La igualdad de oportunidades. Aunque se habla mucho de ella en los textos comunitarios, hasta el día de hoy no existe ninguna norma en derecho comunitario que recoja expresamente el derecho del hombre y la mujer a tener igualdad de oportunidades. Ésta no aparece nunca definida como derecho. Hay leyes que la recogen como referencia; por ejemplo, en la Estrategia Comunitaria por el Empleo, el cuarto pilar es el de igualdad de oportunidades. Para realizar la igualdad de trato basta con que la ley o los convenios colectivos exijan que se respete; basta también con que existan instrumentos, instituciones u organismos responsables e implicados en su realización; puede bastar también con que se establezcan determinadas normas particulares que limiten las libertades constitucionales, como la libertad de empresa o la libertad de contratación. En definitiva, bastaría con la previsión legislativa, sin más actuación, sin más resultados. Ahora bien, para que la igualdad de oportunidades sea una realidad, es necesario dar un salto cualitativo. Necesitamos normas de verdad que establezcan obligaciones positivas para las empresas privadas y para las administraciones públicas, es decir, que se marquen unos objetivos. Hay que conseguir que, en caso de infrarrepresentación, se contrate a más mujeres que hombres en un determinado sector; o conseguir que haya una reserva de formación profesional porque en una titulación no haya mujeres. Es decir, hay que comprometerse con unos resultados reales, y tiene que haber garantía de efectividad. Y eso significa establecer desigualdades de trato a favor de un colectivo, si no, no funcionaría.

Por todo esto, es importante retener las diferencias entre conceptos, ya que la actuación y el nivel de concreción normativa es muy diferente en cada uno. En el caso de la prohibición de discriminación, el ordenamiento comunitario y el español son normativamente suficientes; otra cosa es que en la práctica falle a la hora de descubrir las discriminaciones indirectas. Pero no son necesarias demasiadas correcciones normativas, sino sólo una voluntad real. Ahí es donde radica el problema. Distinto es el principio de igualdad de trato, y así lo ha entendido el ordenamiento comunitario; de hecho, en el año 2000 se han aprobado dos Directivas (43 y 78). Es necesario un instrumento normativo serio en Derecho Comunitario y en el ordenamiento nacional español, ya que ahí es donde radica la gran asignatura pendiente de España. Pero eso no quiere decir que no haya instrumentos, sino que no están suficientemente revalorizados.

También es necesario establecer diferencias entre las acciones positivas y las discriminaciones inversas, incorrectamente llamadas positivas, porque las acciones positivas tienen cobertura normativa y, por tanto, se pueden llevar a cabo; pero las discriminaciones inversas no se pueden realizar. Esto es muy interesante para nosotros porque hay quien ha interpretado, basándose en razones de derecho comunitario sin suficiente entidad, que el

artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe ambas cosas; es decir, cualquier trato desigual favorable a un colectivo. Desde mi punto de vista, la doctrina más solvente entiende que esto no es así. Por supuesto, el trato desfavorable sí lo prohíbe, pero prohibir el favorable sería contrario al artículo 17.2 del Estatuto. No se pueden descalificar las acciones positivas como contrarias a nada, lo único que habrá que medir es su proporcionalidad. Sin embargo, hay quien dice que las acciones positivas auténticas, no las debilitadas, son contrarias al derecho comunitario y al derecho español. Dentro de las acciones positivas yo distinguiría dos ámbitos distintos:

- Las acciones de resultados, que son aquellas en las que hay una obligación expresa de alcanzar un resultado concreto, y si no se alcanza se estará incumpliendo la norma. Para lograr ese resultado hay que adoptar todas las medidas que sean necesarias. Entre ellas destacan la reserva de puestos o las cuotas. Aquí también hay dos opciones: cuotas de decisión y cuotas de resultados. Las primeras son aquellas en las que la decisión está basada en la igualdad de méritos únicamente. Hay que tener en cuenta que no siempre se tienen las mismas oportunidades, con lo cual, también esto es una falacia, algo artificial. En las segundas, la igualdad de méritos se elige por razón del sexo. Hay algunas legislaciones que no entienden esto último así, como la alemana, que es la que ha dado lugar a la jurisprudencia comunitaria. Éstas consideran que, una vez que el candidato y la candidata equiparan méritos, empieza a pesar el factor sexo. Esta cuota es la que en la sentencia Kalanke quedó al margen del derecho comunitario.

- Las acciones de objetivos. Son aquellas en las que el compromiso es realizar una serie de acciones concretas, no alcanzar un resultado. Por ejemplo, una empresa se compromete a hacer todo lo posible para eliminar la desigualdad de oportunidades. Yo lo llamo tutela debilitada. Aquí se encuentran las acciones positivas de objetivos, como son las medidas de promoción para la formación profesional, incentivos a la contratación, y las acciones afirmativas indirectas. Éstas últimas son lo mismo que la discriminación indirecta pero desde el punto de vista positivo; son medidas que se pueden aplicar por igual a un sexo y a otro, pero que por la realidad social existente, tienen un mayor impacto en uno de los colectivos. Hay una Directiva del año 97, donde expresamente se establece esa presunción por razón de sexo, no se dice "para las mujeres", se dice sólo "por razón de sexo", pero a nadie se le escapa que donde va a tener más incidencias es en quien sufre más discriminaciones, obviamente. Por tanto, el impacto de aprobar unas medidas de este tipo va a ser mayor en un colectivo que en otro, y, en ese sentido, va a afirmar a un grupo por encima del otro, aunque no se diga directamente. Este es el caso de los contratos a tiempo parcial. Cuando se habla de trabajo a tiempo parcial se sabe que las medidas que se adopten para reformarlo van a afectar principalmente a las mujeres, porque estadísticamente el 70 por ciento de la contratación a tiempo parcial va a parar a ellas. Por tanto, las medidas que se adopten en esa materia indirectamente tratan de afirmar la incorporación, la protección, o la igualdad de trato de la mujer, garantizar que hay una efectividad real. Por el contrario, la discriminación inversa es aquella en la que existe un perjuicio claro y directo para uno de los colectivos, es decir, la afirmación de uno ocasiona un perjuicio inmediato al otro colectivo. Se trata, por ejemplo, del sistema de cuotas de resultado para acceder a una determinada plaza: basta con obtener 20 puntos, si a partir de esos 20 puntos, el chico obtiene 35 y la chica 27, da igual; porque el factor que a partir de ese momento cuenta, única y exclusivamente, sin más cláusula de apertura, es el sexo, y, obviamente en este caso la preferencia sería la mujer. Esto es lo que antes se llamaba discriminación positiva en el sentido estricto, y es difícil de entender porque ninguna discriminación puede ser positiva; toda discriminación es ilícita. Hay que saber manejar bien los conceptos, y las discriminaciones en principio son peyorativas, implican una desigualdad injustificada; de este modo, no es lo mismo discriminación que desigualdad de trato. Las discriminaciones, se llamen como se llamen, son ilegales; desde mi punto de vista, no puede haber discriminación positiva. La discriminación es un concepto prohibido desde la constitución de los textos normativos, tengan el sentido que tengan. Otra cosa muy distinta es que se adopten medidas a favor de la recuperación de una igualdad de hecho. Es cierto que en los primeros estudios se hablaba mucho de discriminación positiva, pero ya no es frecuente porque ha habido una cierta depuración del lenguaje.

Una vez hechas las aclaraciones conceptuales, me voy a centrar en los fundamentos normativos. Vamos a ver cómo está todo el tema contemplado en el derecho comunitario.

En derecho comunitario hay que distinguir dos niveles: el derecho fundacional, que sería el derecho constitucional de la Unión Europea; y el derecho derivado, es decir, lo que deriva, lo que sigue a la elaboración de los tratados fundacionales. En materia de igualdad de trato entre hombres y mujeres se han producido novedades recientemente. Así, la Directiva 2002/73/CE que modifica a la 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere el acceso al empleo, a la formación, a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo establece que los estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva el día 2, a más tardar, el 5 de octubre de 2005; o garantizarán que, en dicha fecha, los interlocutores sociales hayan introducido las disposiciones requeridas mediante acuerdos, y esto se hará a través de la negociación colectiva. Pero hasta ahora, la negociación colectiva no las ha afrontado. Salvo algunos casos como el de FASA Renault (sentencia de mayo de 2000), no hay muchos más convenios colectivos que recojan medidas de reservas de cuotas, pues se aplican medidas de acciones positivas de resultados. Sin embargo, ya el año pasado y también éste, el Acuerdo de Negociación Colectiva 2003 (ANC 2003) recoge expresamente esta cuestión. Hasta ahora se solía decir que la autonomía colectiva no había ido más allá porque no podía, pero eso es completamente falso, ya que incluso hay sentencias del Tribunal Supremo, como la citada anteriormente, que dicen que no es cierto. De lo que habla el artículo 17.2 es de las discriminaciones inversas y lo que es ilegal; pero no habla en ningún momento de las acciones positivas, que sí están permitidas en la autonomía colectiva en los mismos términos que la ley. Si la negociación colectiva puede establecer cláusulas de jubilación forzosa y la ley no, ¿no va a poder establecer cuotas? ¿por qué no? La autonomía colectiva no necesita ninguna habilitación legal, por tanto, el problema jurídico queda solventado.

Una segunda cuestión que plantea más problema es determinar lo que hace el Acuerdo de Negociación Colectiva. Básicamente su función es recomendar que se apliquen determinadas cláusulas generales que prevén. Pero ¿se pueden seguir aplicando cláusulas generales en esta materia? La negociación colectiva no es el instrumento para las cláusulas generales, para eso están los Tratados Fundacionales y la Directiva.

Como valoración final tengo que decir que, ciertamente, en el ordenamiento jurídico español existen déficits en la materia que hay que solventar, pero no hay obstáculos serios a las acciones positivas; es más, una aplicación razonable del ordenamiento constitucional llevaría a entender que en España ya está reconocido el derecho de igualdad de oportunidades, por lo tanto, el problema no es de obstáculos normativos sino, como casi siempre, de falta de voluntad para aplicarlo.



# La igualdad de derechos en la integración de la mujer al mercado de trabajo y en el desarrollo de las relaciones personales

## Juan Martínez Pancorbo

---

- Abogado del Colegio de Abogados de Jaén.
- Profesor de la Escuela de Prácticas Jurídicas en el Colegio de Abogados de Jaén.
- Abogado de la Asesoría Jurídica del Sindicato UGT (1986-1996).

## Catalina Toribio Castro

---

- Abogada en Andújar.
- Abogada de la Asesoría Jurídica del Sindicato UGT (1986-1996).
- Miembro del Instituto Andaluz de la Mujer.





## ■ JUAN MARTÍNEZ PANCORBO

Nuestra labor aquí podría ser la de decirnos qué quisiéramos como abogados. Y lo que queremos es que en la primera entrevista, nuestros clientes nos aporten toda la información posible acerca de lo que vamos a demandar. Esa función inicial resulta esencial para llevar a cabo después una dinámica procesal que resulte acorde con lo que pretendemos en última instancia. Me gustaría que vierais esta labor desde la perspectiva del resultado final que se pretende alcanzar; y desde la perspectiva del desarrollo del procedimiento que llevaremos a cabo ante los Tribunales de Justicia. Por eso, hemos tratado de dividir la ponencia en seis apartados que serán: el acceso al empleo, la promoción profesional, la retribución salarial, la maternidad, la lactancia y el embarazo; con una mención especial a las trabajadoras autónomas, porque cuando planteamos estos temas parece que siempre estamos hablando de asalariados, que tienen una cobertura concreta regulada de forma muy clara, pero nos olvidamos del núcleo de trabajadores autónomos que se sienten discriminados en este sentido. A las trabajadoras autónomas ni siquiera se les reconoce, por sentencia, el derecho a ceder su permiso, sus horas de lactancia, para que lo disfrute su marido, que puede estar trabajando en una empresa por cuenta ajena. Hablaremos también de la extinción de los contratos de trabajo por causas discriminatorias, y de cómo se realiza la defensa de los mismos.

Cuando empiezas a ver este tema, te das cuenta de que en los Tribunales de Justicia no se plantean tantos asuntos con motivos discriminatorios por razón de sexo como se piensa. Desde nuestra perspectiva profesional hemos tramitado alguno, pero no son muchos; de forma que hay que acudir a la jurisprudencia para ver qué dice al respecto. También es interesante ver qué dice el Tribunal Constitucional sobre el tema. Porque estos pleitos al final se resuelven en la valoración de la prueba que ofrezcamos al juez. Ahí va a estar la solución que el juez nos dé a nosotros. Además, la interpretación que el Tribunal Constitucional hace de los supuestos que vamos a ver suele ser, aunque parezca paradójico, distinta a la que aplican los Tribunales de Justicia. Es decir, es normal encontrar que un juzgado diga que no hay discriminación, que el Tribunal Superior de Justicia diga que no hay discriminación, que el Tribunal Supremo tampoco la admita, que el fiscal que informa en el recurso de amparo diga que no hay discriminación, y el Tribunal Constitucional, finalmente, al analizar la cuestión, concluye que sí existe discriminación y otorga el amparo. Lo que quiero decir con esto es que la valoración de la prueba que aportemos se hará con la subjetividad propia del sistema, de los jueces. De hecho, se han producido a lo largo de este proceso bastantes discrepancias de jueces que han resuelto los casos de forma distinta a como lo hace el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, Catalina Toribio Castro hablará de la carga de la prueba, la prueba de indicios que se da en este tipo de procedimientos. La inversión de la carga de la prueba está recogida en el artículo 179 de la Ley de Procedimiento Laboral que aplica el Tribunal Constitucional. Éste trata de amparar situaciones que considera previamente injustas, cambiando el principio ordinario de inversión de la carga de la prueba, lo cual no excluye que nosotros, a través de nuestra actividad, recojamos la mayor cantidad de carga probatoria para ofrecer al tribunal.

## ■ CATALINA TORIBIO CASTRO

La discriminación por razón de sexo es uno de los temas más importantes que debe tenerse en cuenta cuando hablamos del mercado laboral femenino. Vamos a hablar principalmente de lo que es y todo lo que implica el desarrollo de un proceso laboral. Haré hincapié sobre todo en la inversión de la carga de la prueba, quizás por ser uno de los temas fundamentales que establece la ley en estos asuntos de discriminación por razón del sexo, y referentes a los derechos fundamentales.

Cuando se habla de proceso laboral no podemos perder de vista que éste se enmarca dentro de la jurisdicción laboral, a su vez comprendida en la jurisdicción social. Por lo tanto, el competente para conocer estos conflictos sociales en primera instancia es el juzgado de lo social. La forma de regulación del proceso laboral es a través de la Ley de Procedimiento Laboral, y se basa eminentemente en los principios de oralidad, inmediación, celeridad y concentración; de forma que en un solo acto se desarrolla prácticamente todo el proceso.

El proceso laboral se basa fundamentalmente en un escrito de demanda, que sería la primera fase, la que inicia el procedimiento. En este escrito de demanda se establecen los hechos, aunque como el derecho laboral es menos riguroso y menos formalista que otros órdenes jurisdiccionales, ni tan siquiera requiere fundamentos de derecho; pero lo habitual es que se expongan los hechos en los que apoyamos nuestras pretensiones y que dichos hechos se apoyen en fundamentos legales, y finalmente la petición concreta. Concretamente, en los procedimientos relativos a la discriminación por razón de sexo (recogidos en el artículo 181 de la Ley de Procedimiento Laboral) es importante dejar claros los hechos constitutivos de la vulneración del derecho alegada, así lo dice el procedimiento específico para este tipo de asunto.

La segunda fase sería una actividad judicial, es decir, la citación de las partes a juicio una vez que se ha proveído la demanda y, en su caso, se hayan subsanado los errores que se hayan podido advertir por el órgano judicial. En la citación de las partes únicamente se le dice a cada una que asista al juicio con la prueba de que intente valerse, de ahí la importancia del principio de concentración de este tipo de procedimiento. Esta concentración se ve claramente en la fase siguiente del juicio oral, en la que se unifican, en un solo acto, todos los trámites del procedimiento. Por la parte actora se ratifica la demanda, e incluso se puede ampliar la misma siempre que no se alteren sustancialmente los hechos que se han indicado. Por la parte demandada, se opone a la demanda alegando en ese momento concreto. Es aquí donde observamos la importancia del principio de oralidad en este tipo de procedimientos: la parte demandada alega lo que en su defensa convenga y las razones por las que se opone a la demanda. Puede incluso, en este acto, alegar excepciones o reconvencción, y para dichos casos es imprescindible haberlo anunciado en la conciliación previa al procedimiento. En caso de que se aleguen excepciones o reconvencción en dicha conciliación, existe un trámite al que podemos llamar de réplica, por el que se le da traslado a la parte actora para que conteste las excepciones o las reconvencciones.

Una vez ratificada y contestada la demanda, se inicia la tercera fase, la fase probatoria, que consiste en proponer y practicar la prueba. Aquí vuelve a tener importancia el principio de concentración y oralidad, ya que en esa primera entrevista con la persona afectada se pueden recabar pruebas importantes para proponerlas en esta fase, con el fin de convencer al juez de la pretensión concreta, que es la finalidad última de cualquier procedimiento laboral. Los medios probatorios de este tipo de procedimiento son los de cualquier otro: interrogatorios de partes, testigos periciales, reconocimiento judicial, etcétera. La prueba también es similar a la que se puede proponer en otros procedimientos, si bien hay algo especial. En los términos genéricos del Código Civil, la carga de la prueba incumbe a la parte que alega sus pretensiones; mientras que en los procedimientos específicos de discriminación por razón del sexo y vulneración de los derechos fundamentales, se produce la inversión de la carga de la prueba. Esto está regulado específicamente en el artículo 179.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y en el genérico 96 de la misma.

¿En qué consiste la inversión de la carga de la prueba en materia de discriminación? Consiste en exigir a la parte actora que aporte un indicio, una prueba que le haga ver al juez que existe un problema discriminatorio; si estos indicios no se aportan, no existe inversión de la carga de la prueba y no se puede acusar a nadie de nada. Una vez aportados estos indicios y que haya constancia por parte del juez de que, efectivamente, hay un problema discriminatorio, es el demandado el que tiene que alegar que su forma de actuar no ha sido motivada por ningún problema de discriminación. En este punto es importante resaltar que la empresa tiene muchas más facilidades para probar que no ha cometido una discriminación por razón de sexo, que las que tiene el trabaja-

dor para acreditar que ha sufrido un problema discriminatorio: que no ha accedido al puesto de trabajo, que no ha sido promocionado en las condiciones normales, que no ha tenido la retribución que debiera, etcétera, por razón del sexo. Esto último es lo más difícil de todo, porque incluso en los convenios colectivos existen armas que permiten a las empresas acreditar que existen condiciones diferenciales, y que el sexo no ha sido la causa de la discriminación. No obstante, la empresa lo tiene que acreditar. Sería imposible que ni siquiera tuviera que hacerlo, como ocurre en cualquier procedimiento genérico, que la carga de la prueba incumbiera a la parte que alega los hechos, y la petición sobre la que luego se basa. Ésta es la que se denomina prueba de indicios o prueba indiciaria. El Tribunal Supremo dice que los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, es decir, lo que la parte actora tiene que acreditar para demostrar que se encuentra ante un problema de discriminación por razón del sexo.

En este sentido, voy a hacer referencia a una sentencia llamativa del año 2003, en la que se trata un despido de una institución pública de una mujer embarazada, y que basa este despido en razones discriminatorias por razón de sexo. La trabajadora tiene que aportar al juez los indicios suficientes para que éste considere que estamos ante un hecho de discriminación, e invierta la carga de la prueba. Los indicios que aporta la actora en esta sentencia son que el cese coincide con el momento del inicio del embarazo, y que no existe motivación alguna para despedirla; además, con anterioridad se había dado el caso de despido a otra embarazada. El juzgado de lo social declara la nulidad del despido y admite esta discriminación; pero el Tribunal Superior de Justicia dice que no existen indicios suficientes para saber si estamos ante un problema discriminatorio y, por tanto, no invierte la carga de la prueba; así, el despido no se produce por razón del sexo y dice, concretamente, que niega esta petición de que existan indicios porque estamos ante una entidad de carácter público, la Administración Pública, y a juicio del Tribunal Superior de Justicia no existen dichos indicios, ya que da la impresión de que la Administración Pública no debe discriminar así de fácil. Alega que existe una ausencia sobre el hecho de que la actora, la trabajadora, acreditara el momento de su gestación (aunque no es preciso hacerlo ante un empresario). Finalmente dice que era un contrato temporal que en cualquier momento podía ser finiquitado. Lo cierto es que la razón del contrato temporal era la siguiente: la trabajadora estaba contratada para un programa de empleo y el programa de empleo había terminado hacía dos años, con lo cual, el Tribunal Superior de Justicia entiende que, a partir de esos dos años, la empresa está facultada para despedir a quien quiera. La conclusión es que lo único que existe realmente es un contrato celebrado en fraude de ley, porque, evidentemente, al terminar el programa para la que fue contratada, el contrato pasa a ser de tiempo indefinido y, por lo tanto, no se puede entender que un contrato de un programa de empleo pueda terminar, y a partir de ahí la empresa pueda despedir a la trabajadora cuando quiera. Afortunadamente, el Tribunal Constitucional no lo ve así. Entiende que el despido se ha producido por una causa de discriminación, otorgando el amparo y declarando la nulidad del mismo. Juzga que las administraciones públicas están obligadas a garantizar el cumplimiento de los derechos fundamentales de los contratados según el artículo 9.2 de la Constitución Española.

Vemos así que a la trabajadora, generalmente, le cuesta mucho trabajo acreditar indicios de que ha sido discriminada, porque estos deben ser racionales para que lleguen al juez.

Es curiosa también la sentencia de FASA Renault. En este caso existía un convenio, pero se dio la circunstancia de que no se aplicó, y esto produjo un conflicto colectivo. ¿Cuáles eran los indicios racionales que se aportaron en este caso? Resultaba complicado por la dificultad que tiene una trabajadora frente a la empresa. Como no había posibilidad de aportar estos indicios, la parte trabajadora lo único que hizo fue solicitar el acta de reuniones celebradas por el comité intercentro en las que aparecía la negociación que la empresa había hecho con éste para facilitar el acceso a un número determinado de mujeres en la empresa; también se pidieron los originales de los contratos eventuales celebrados en la factoría en este período de tiempo, y se solicitó a las oficinas del INEM de los lugares en cuestión un listado con la mujer demandante de empleo que cumpliera los requisitos de la titulación exigida. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia no practicó la prueba en su totalidad, y, en

definitiva, sólo quedaron unidas a las actuaciones las actas de la reunión celebradas por el comité intercentro. El resultado de esta prueba fue que el Tribunal Superior de Justicia entendió que no se habían aportado indicios suficientes acreditativos de que estábamos ante una situación de discriminación por razón del sexo, y, como no se habían atestiguado estos indicios, no cabía la posibilidad de invertir la carga de la prueba, y por tanto, se desestimaba esta pretensión. Nuevamente, el Tribunal Constitucional, que es el que resuelve estos casos, viene a exigir en el recurso de amparo una actitud activa a los órganos judiciales a la hora de practicar esa prueba que se propone, que tanta dificultad le cuesta a la trabajadora llegar a conseguir y que, en definitiva, una vez que se propone ni siquiera se practica. Pide una actitud activa para que se practique la prueba solicitada de forma que la demandante pueda aportar al proceso los indicios necesarios para invertir la carga de la prueba.

Otro dato referente a la prueba en estos procedimientos discriminatorios es la prueba de expertos, que se recoge en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Laboral. El juez de oficio o a instancia de parte se puede obtener la prueba de expertos de los institutos públicos competentes que, en este caso, sería el Instituto de la Mujer, porque puede recabar asesoramiento referido al tema de la discriminación por razón del sexo. Estos organismos públicos competentes que informen o asesoren al juez sobre el tema deben ser, como dice la ley, expertos.

Es interesante destacar otros elementos especiales en este tipo de procedimientos. Uno de ellos es el hecho de que tiene un carácter urgente y preferente, siempre que se acrediten esos indicios, ya que de lo contrario no se tramita como procedimiento especial, sino como procedimiento ordinario; otro es la obligatoria intervención del Ministerio Fiscal, ya que se están conculcando derechos fundamentales.

Una vez finalizado el período de prueba se pasa al período de conclusiones, la cuarta fase, todavía en base al principio de concentración en el acto del juicio oral. En este período de conclusiones cada parte hace un resumen de la prueba, expone las consecuencias jurídicas que se han podido obtener de dicha prueba, y solicita que se dicte una sentencia de conformidad con sus pretensiones.

Éste sería un resumen de lo que es un Procedimiento Laboral con la singularidad de que nos encontramos en el ámbito de la discriminación por razón de sexo.

Queremos hacer un pequeño inciso para indicar la importancia que tienen los sindicatos en esta materia de discriminación por razón del sexo. Esta relevancia se debe a muchos motivos. Evidentemente tanto por el tema de los convenios colectivos, las negociaciones, pero también porque los sindicatos están legitimados activamente para formular e interponer los conflictos colectivos. Precisamente, a través del procedimiento del conflicto colectivo, que se regula en el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, se pueden tramitar cuestiones que afecten a intereses generales de los trabajadores que tienen problemas en el trabajo. De forma individual es mucho más difícil obtener unos resultados similares a los que puede obtener el sindicato; porque, si bien es cierto que el derecho laboral se rige por el principio de gratuidad, no es menos cierto que éste tiene que ver exclusivamente con los costes del procedimiento. Por tanto, es más fácil y económico que sean los sindicatos, a través de los conflictos colectivos, quienes resuelvan estos problemas del procedimiento y los que surgen en la relación laboral.

El acceso al empleo es uno de los temas más polémicos que nos encontramos porque, aunque parece que existe una aparente igualdad legal a la hora de regular esta materia, la discriminación existe, ya sea directa o indirecta. La mayoría de las veces es indirecta porque la directa está prohibida. Pero a nadie se le prohíbe que establezca una categoría que repercuta en un salario inferior al que pueda tener otra categoría. Es muy difícil eliminar esto, y aquí el papel de los sindicatos es fundamental.

Un tema muy interesante que no hay que obviar aquí es el de la acción positiva. Teóricamente se piensa que la igualdad de acceso al empleo está regulada en la Constitución o en el Estatuto de los Trabajadores, pero

en la práctica, no se ha llegado a realizar ningún acto que nos lleve a evitar esta desigualdad existente y constante. No hay medios, no existe ninguna regulación. Así, la única forma de llegar a esa deseada igualdad es a través de la acción positiva, que es una garantía para eliminar los obstáculos que existen en el acceso al empleo, y alcanzar la pretendida igualdad.

No existe ninguna jurisprudencia nacional que haga referencia a la acción positiva en el acceso al empleo. Pero existe una sentencia curiosa del año 96 que hace referencia a este tema. Se trata de una mujer que se presenta a unas pruebas selectivas en la Comunidad de Madrid convocadas por la Administración Pública. Dice la jurisprudencia: “participó y superó con éxito la selección, suscribió un contrato con la Administración Pública, que decidió resolver a los veintitantos días de tenerlo firmado”. Y la razón por la que despidió a la trabajadora era que no había superado el período probatorio, “la falta de aptitud física en la requerida para llevar a cabo las funciones encomendadas a la categoría profesional”. Sin embargo, dice la sentencia en los fundamentos de hecho que participó y superó con éxito la selección. Por tanto, se entiende que una persona que participa y supera una selección concreta, está capacitada para resolver el trabajo que tiene que desempeñar en esa profesión concreta. En este caso, el Tribunal Constitucional no otorga tampoco el amparo porque sí entiende que falta esa aptitud física para desempeñar la plaza. El caso es que la plaza que se convoca es de auxiliar administrativo, pero con anterioridad habían integrado en la plaza de auxiliar administrativo una plaza, dice la sentencia, de basculero, que es la que va a desempeñar la actora. Esto tiene muchas lecturas. Probablemente habían integrado esta plaza para evitar el acceso a la mujer, o la habían integrado para acceder a la convocatoria sin que se la denegaran. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional termina diciendo que la mujer, pese a haber superado las pruebas de selección con éxito, no tiene aptitud física para desempeñar dicha plaza. Y esta sentencia es del año 1996, por tanto es muy reciente.

No existe ninguna sentencia de acción positiva actualmente; las únicas sentencias de este tipo son las de la Comunidad Europea, todas referidas a la ley nacional alemana, que ya han quedado reflejadas en el Caso Kalanke o el caso Marschall, antes citados.

## ■ Continúa Juan Martínez Pancorbo

Ningún otro país se ha preocupado por la acción positiva, y no es porque se haya solucionado la cuestión. De hecho, existe un ejemplo claro de que el tema no se ha solucionado, ni se está solucionando: hay un sector de mujeres mayores de 45 años, a las que se les estableció una bonificación de las cuotas de la Seguridad Social por un tiempo de un año o dos, y esto no les soluciona nada, todo lo contrario, les limita su vida porque no tienen independencia económica de ningún tipo. Por casos como éste, se deben arbitrar medidas de acción positivas contundentes para eliminar la desigualdad. Pasa exactamente igual con la cuestión de la promoción profesional, la igualdad en el acceso al empleo y la formación; estos temas solamente se pueden solucionar a través de actuaciones de negociación. Si no se negocia seguirá existiendo esa discriminación indirecta que citamos. Es el caso de los cursos de formación que se están celebrando en la mayoría de las ocasiones con posterioridad a la jornada laboral. Esto se convierte en un grave problema, porque la mujer se encuentra con una jornada laboral y con una jornada doméstica posterior a la laboral, y lo que no puede es atender a otra jornada más para formación. Con el fin de evitar casos tan comunes como éste es necesario echar mano urgentemente de la negociación.

Voy a hacer también una referencia a la retribución salarial, que se regula en el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores, referida a igualdad de trabajo, que no significa trabajos iguales, sino trabajos de igual valor. Lo que hay que hacer para poder defender la retribución salarial es definir realmente los diferentes trabajos, el valor que se le da a cada trabajo. Y aquí es importante determinar criterios para valorarlos, porque si no, aportar pruebas o indicios de discriminación se convierte en un verdadero problema. Es decir, es muy difícil poder pro-

bar que existen diferencias salariales en una sección determinada de una empresa, de una categoría profesional desarrollada por mujeres, o en otra sección por hombres, siendo iguales las funciones desarrolladas. En estos casos, el Tribunal Supremo y la doctrina vienen a decir que lo importante es el trabajo en sí mismo y no la denominación que se le da.

## ■ Continúa Catalina Toribio Castro

En nuestro país hay sólo unas poquitas sentencias del Tribunal Constitucional. En primer lugar, respecto de la discriminación por razón de embarazo, maternidad, lactancia u otras causas relacionadas con el cuidado de los hijos. Existen una serie de sentencias claras del Tribunal Constitucional que sirven para ilustrarlo.

Hay una sentencia, la 240/99 del Tribunal Constitucional, que se refería a una funcionaria interina a la que se le deniega el permiso por lactancia y el Tribunal Constitucional la ampara; pero lo hace básicamente porque esa situación de interinidad se había prolongado durante cinco años. Dice el Tribunal Constitucional que no existe justificación objetiva y razonable desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución Española para, en orden al disfrute de un derecho legal relacionado con un bien constitucionalmente relevante como es del cuidado de los hijos, dispensar a un funcionario interino, que lleva más de cinco años ocupando una plaza, un tratamiento jurídico diferente y perjudicial respecto del dispensado a los funcionarios de carrera. Si esos cinco años son determinantes o no es una cuestión que quedaría para analizarla en un supuesto distinto, con una duración menor de ese supuesto de interinidad.

Otro de los supuestos que se nos plantean y analiza el Tribunal Constitucional es el que regula las excepciones, porque cuando quieren otorgar el amparo parece que realmente acuden a razonamientos o a posibilidades que normalmente están vedadas en los tribunales. Es decir, si yo llego a un juzgado planteando que quiero establecer un hecho probado a través de un resultado, una estadística, me van a decir que no lo aceptan. Sin embargo, el Tribunal Constitucional sí utiliza las estadísticas en los casos de discriminación por razón de sexo para justificar y llegar a conclusiones que evidentemente amparen esas situaciones. Esta metodología es la más lógica porque no se puede obviar la realidad social existente. En otros muchos casos las estadísticas no se utilizan, y hay que demostrarlo todo con hechos. Eso nos ha deformado profesionalmente, haciendo que los que trabajamos en esta materia muchas veces no nos atrevamos a plantear los asuntos desde esta perspectiva.

Hay otra sentencia que se refiere al Partido Popular en la que el Tribunal Constitucional, en el año 96, otorga el amparo. La cuestión era que una trabajadora del Partido Popular estaba embarazada y tuvo problemas. Dice el Tribunal Constitucional: "la comunicación de despido concretaba la primera causa en su ausencia injustificada al trabajo durante los días laborales comprendidos entre el 16 y el 30 de agosto, pese a que" precisaba "antes de sancionarle por ese motivo se le ha requerido para que justifique esta ausencia", según se refería en la carta de despido. Las acciones esgrimidas en su carta del día 24 no son admisibles, toda vez que su presunta situación de incapacidad laboral temporal en este período tan sólo puede ser legitimada por el médico correspondiente de la Seguridad Social. Finalmente, la trabajadora no justifica su situación de baja laboral con el parte de baja correspondiente, emitido por el médico de cabecera. A simple vista, se trataría de un despido procedente, y así lo dice el juzgado, el Tribunal Superior de Justicia, el Tribunal Supremo, que no admite el recurso de casación para unificación de doctrina, y el fiscal. Pero llega el Tribunal Constitucional y le otorga el amparo, y dice: "los órganos judiciales se detuvieron en el plano de la legalidad, la concurrencia de la causa de despido disciplinario previsto en el artículo 54.2 a) del Estatuto sin adentrarse en el plano de la constitucionalidad, no enjuiciaron la conducta de la trabajadora desde la perspectiva del derecho fundamental invocado". Es decir, si su incumplimiento de ciertos deberes contractuales existió, enervaba la prohibición de despedir por razón de embarazo, y legitimaba la decisión empresarial al tratarse de una medida razonable. Finalmente, todo el periplo procesal que



se había seguido hasta ese momento tuvo una solución unánime: despido procedente. El Tribunal Constitucional lo analiza desde esa perspectiva, errónea o no, y otorga el amparo y considera nulo el despido, por lo tanto elimina todo lo anterior.

Esto lleva a pensar que podría existir una posible inseguridad jurídica. Si este esquema se extrapola a otros supuestos, ¿cuál es la forma de justificar realmente una situación de baja? ¿Se puede generalizar para todas las trabajadoras una situación de esta índole, o no? Realmente no se puede establecer. En este caso el Tribunal Constitucional lo analizó así y punto.

Tampoco se debe olvidar en esta cuestión del cuidado de los hijos el caso de las trabajadoras autónomas (hay sentencia del Tribunal Supremo del año 2002). Porque cuando se plantean estos temas parece que siempre se trata de asalariados, de trabajadores que prestan sus servicios en una empresa o Administración Pública, que tienen su salario y una cobertura concreta regulada de forma muy clara. Pero se obvia el núcleo de las autónomas, que se ven discriminadas, ya que ni siquiera se les reconoce el derecho a ceder su permiso para que lo disfrute su marido, que puede estar trabajando en una empresa por cuenta ajena. Una trabajadora autónoma es empresaria y, obviamente, no tiene derecho a permisos por lactancia que sí se reconocen a otro tipo de trabajadoras; pero tampoco tiene derecho a cedérselo a su marido, que sí es trabajador de una empresa en régimen general por cuenta ajena. Hay algunas sentencias del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia que hay que analizar.

En un caso concreto dijo el tribunal: “para que el padre disfrute de ese descanso se precisa, según previene el propio precepto, que el padre y la madre trabajen”. Ésta es una situación absolutamente anómala y discriminatoria porque parece que la autónoma no trabaja, y que ésta, al iniciarse el período de descanso por maternidad, opte porque el padre disfrute de una parte determinada del mismo. No le reconoce a la trabajadora esa posibilidad.

Es importante citar también el sistema de protección que se dispensa a los supuestos de despido de extinción de los contratos de trabajo. Entiendo por despido cualquier forma ilegítima de extinción del contrato de trabajo, no solamente el despido disciplinario, sino la finalización de contrato por transcurso del tiempo, la finalización de contrato por causas económicas de la empresa, objetivas, por reorganización empresarial, etcétera. Nuestro ordenamiento jurídico dispensa dos tipos de protección: uno es el que se refiere al despido; el otro es la posibilidad que tiene el trabajador, a tenor del artículo 50 del Estatuto, de solicitar la extinción de su contrato de trabajo por incumplimiento de la empresa, usted no me paga, me ha cambiado las condiciones de trabajo, o usted me discrimina por razón de sexo, y yo le pido al juez que me dicte una sentencia extinguiendo mi contrato de trabajo, y obligándole a pagar una indemnización equivalente a la del despido improcedente. Este supuesto está expresamente reconocido en una sentencia de septiembre de 2001 dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Dice que cualquier comportamiento empresarial que afecte a la dignidad de las mujeres y de los hombres en el trabajo, y que esté basado en el sexo, incluyendo comportamientos físicos verbales o no verbales no deseados por la víctima, encaja en el incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, al que refiere en el apartado c) del artículo 50.

En el tema de la extinción del contrato de trabajo a instancia del empresario hay que señalar que cualquier decisión extintiva que se produzca durante el período de embarazo se considera nula. Es decir, el despido improcedente lleva aparejada una consecuencia jurídica, y es que el empresario opta por indemnizar o por readmitir a la trabajadora. Pero el amparo que otorga esta norma determina que, al ser nula la decisión extintiva, corresponde a la víctima la decisión de optar por la indemnización o por la readmisión en el puesto de trabajo, privándose así al empresario de esa posibilidad. Esta es la forma de amparar a las trabajadoras durante el período de suspensión del contrato por maternidad, por embarazo, o por permiso por lactancia, y a trabajadores que



hayan solicitado excedencia para el cuidado de un hijo menor de 3 años. Esa es la doble protección que se otorga en materia de extinción de los contratos de trabajo.

Quiero referirme a una sentencia del año 1992, paradigmática en su época. Se trata del supuesto de las trabajadoras de HUNOSA que pretendieron incorporarse a la mina y se les impidió. Este impedimento se hizo en aplicación de una norma en vigor en aquella época, un decreto de julio de 1957, que venía a amparar a las mujeres y a los niños para que se les impidiese el acceso a trabajos penosos y peligrosos. Aquella trabajadora, que había superado las pruebas médicas, intentó incorporarse pero no se lo permitieron. El tribunal le otorgó el amparo, fundamentalmente, por razones históricas. Decía el tribunal que, aunque esa provisión obedeciera en su momento a razones históricas que pudieron justificarla, no eran en la actualidad fundamentos suficientes para justificar su mantenimiento.

La evolución desde la doctrina del Tribunal Constitucional y la interpretación personal y subjetiva de las normas y de las situaciones de hecho determina nuestra labor, que, desde mi punto de vista, debe centrarse en requerir a los demandantes todos aquellos datos que sean posibles y objetivos para establecer después una estrategia procesal. Para finalizar, y como elemento genérico y fundamental en estos procesos, hay que incidir en la importancia que tiene el primer contacto entre el abogado y el cliente que demanda el servicio. Porque en ese momento todavía se mantiene viva la relación laboral y eso hace posible recabar datos de la empresa o de los compañeros, para utilizarlos en el procedimiento correspondiente cuando la relación laboral ya se haya extinguido. Una vez que esto ocurra, resultará muy difícil la obtención de dichos datos que aportan la prueba de indicios en la que se puede basar un proceso por extinción o vulneración de derechos fundamentales.

# Clausura

---

Loren Cabral Oliveros. Secretaria de la Mujer de CC.OO. Andalucía  
M<sup>º</sup> Dolores Gavilán Sánchez. Secretaria de la Mujer de UGT Andalucía  
Teresa Jiménez Vílchez. Directora del Instituto Andaluz de la Mujer



## ■ Loren Cabral Oliveros. *Secretaria de la Mujer de CC.OO. Andalucía*

El mercado laboral tiene, hoy en día, una regla primordial: el poder de negociación está en manos del empresario. En función de esto, el trabajo de los agentes sociales y jurídicos debe estar basado en ejercer una oposición fuerte allí donde se cometa una injusticia. Para eso, en España, contamos con instrumentos válidos y, en muchas ocasiones, desaprovechados.

Desde la Secretaría de la Mujer de CC.OO. estamos trabajando continuamente para mejorar la negociación colectiva y los convenios que se firman actualmente en nuestro país. Ésta es una tarea ardua y difícil, porque a nadie se le escapa que los sindicatos son un ámbito eminentemente masculino, puesto que su nacimiento y formación han estado marcados por hombres. Esto no quiere decir que las mujeres no tengamos nuestro papel en los sindicatos. Concretamente, en CC.OO. se ha elaborado un plan de igualdad para fomentar la participación de las mujeres en los órganos de dirección del sindicato; se ha aprobado la proporcionalidad, y continuamente se incluyen medidas de acción positiva interna y externa. Fruto de esta última es la colaboración con el Instituto Andaluz de la Mujer en el servicio de defensa legal, con el programa ÓPTIMA, y también en la formación y sensibilización de los que negocian los convenios.

Nuestro trabajo desde el sindicato debe ser constante a la hora de negociar con la patronal y con los gobiernos medidas que fomenten la contratación de mujeres, y que cambien la realidad laboral, discriminatoria y precaria. Gracias a este esfuerzo se ha firmado un Acuerdo de Negociación Colectiva con UGT, CC.OO y la COE; en él se habla por primera vez de acción positiva y de igualdad retributiva. Introducir estos términos en un convenio ha supuesto un esfuerzo extraordinario para las organizaciones sindicales, porque todavía producen espanto en la clase empresarial española. En el Acuerdo del 2002 se introdujo un breve párrafo donde se hablaba de igualdad, y este año ya se habla de discriminación salarial literalmente. Por primera vez los empresarios reconocen que existen discriminaciones salariales, acoso sexual y veda en la contratación a mujeres en los sectores tradicionalmente masculinos; esto es un gran avance porque, si se han percatado de la situación y la han confirmado, es que hay cierto un compromiso por su parte.

Los sindicatos han de estar continuamente atentos y dar recomendaciones para que los negociadores introduzcan este tipo de cláusulas en los convenios colectivos. El paso siguiente es plasmar los acuerdos en la mesa de negociación colectiva; y, en este sentido, existen diferencias significativas entre una gran empresa y una pequeña. En una gran empresa los convenios son fuertes, porque el poder contractual de los trabajadores es mayor, hay afiliación y un comité influyente. Pero en las pequeñas empresas la representación sindical es escasa, y negociar lo acordado en Madrid supone un gran esfuerzo.

A pesar de todas las trabas que se encuentran en el camino hacia la igualdad, hay que reconocer que se está avanzando en gran medida. Porque progresivamente está aumentando el número de convenios que introducen acciones positivas para la contratación de mujeres. Este esfuerzo debemos seguir realizándolo, principalmente, las mujeres; sin olvidar la necesaria complicidad de los hombres ya que, sin debatir y contrastar con ellos, no es posible avanzar en el mercado laboral, porque el problema de la desigualdad es un problema de todos.



## ■ **M<sup>a</sup> Dolores Gavilán Sánchez. Secretaria de la Mujer de UGT Andalucía**

Uno de los grandes avances alcanzados en los últimos años ha sido la creación de la Comisión de Igualdad, nacida al amparo del V Acuerdo de Concertación. En esta comisión participan el CAR, la Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico, la CEA, CC.OO. y UGT. Su desarrollo ha sido bastante duro, pero por fin se han conseguido unos mínimos que se plasmarán en la negociación colectiva en cuanto a igualdad de oportunidades entre sexos. Éste es un gran paso, porque muchos de los convenios que se firman en Andalucía no recogen ni siquiera mínimos en este tema.

Desde UGT se ha hecho una apuesta sólida para conseguir la igualdad de oportunidades en la negociación colectiva, sobre todo, dentro de la organización sindical. La apuesta pasa por la creación de la Secretaría de la Mujer, ya que hasta el momento sólo existía un departamento de la mujer. Esta Secretaría se ha enfocado fundamentalmente a la negociación colectiva, en colaboración con el Instituto Andaluz de la Mujer. También se ha desarrollado un programa de perspectivas de género para analizar los convenios colectivos. Este programa se está empezando a llevar a cabo a través de todas las federaciones. La dinámica del programa es la siguiente: se reclaman los convenios colectivos que se van a negociar, se analizan desde la perspectiva de género, y, por último, se concretan las recomendaciones y las cláusulas que deben incluirse en la negociación. Además de esto, la Secretaría de la Mujer se pone a disposición de la mesa negociadora para asesorar a los negociadores.

A pesar de todos los esfuerzos realizados desde las distintas instituciones, sigue habiendo un problema grave, y es que, prácticamente, no hay mujeres dentro de las mesas negociadoras. Esto se deriva en un proceso siempre lento. Para agilizarlo es necesario que haya más mujeres implicadas en las organizaciones sindicales y en la negociación colectiva, porque si no, volvemos a dejar el camino libre a los hombres.



## ■ Teresa Jiménez Vilchez. *Directora del Instituto Andaluz de la Mujer*

El mercado laboral es un espacio apenas conquistado en el que las mujeres tenemos que seguir reclamando nuestros derechos de ciudadanía. La posibilidad de acceder a la educación y, a través de ella, a un empleo digno han sido los mayores logros que las mujeres hemos alcanzado en los siglos XIX y XX. Sin embargo, una de las mayores revoluciones experimentadas por las mujeres en los últimos años ha sido tomar conciencia del presente y del pasado, sentirnos iguales a pesar de las diferencias, comprender que nuestro trabajo valía y vale dinero y que este dinero, además, nos permitía ser libres e independientes. Ésta ha sido, sin duda, una de las mayores revoluciones de la historia de la humanidad que todavía está inconclusa, es decir, la estamos viviendo hoy.

La defensa del principio de igualdad ha sido la orientación principal del movimiento feminista. Este principio tiene que validarse en todos los ámbitos de la vida, y no quedarse sólo en el pensamiento. La igualdad debe ser fundamentalmente el eje que vertebré el acceso al empleo. Hay que crear empleo para las mujeres, pero empleo en igualdad. Y no olvidar que es fundamental la presencia femenina en los órganos de decisión de las empresas, en las mesas de negociaciones, en el movimiento sindical y, por supuesto, en el poder político. Porque si tomamos partido en los órganos decisorios, nuestro esfuerzo dará mayores y mejores frutos.

El Instituto Andaluz de la Mujer plantea un firme compromiso como organismo de igualdad del Gobierno de Andalucía para seguir impulsando programas que faciliten el acceso y la permanencia de las mujeres en el empleo; para reducir las discriminaciones directas o indirectas que se produzcan en el ámbito laboral; y para facilitar la presencia femenina en aquellos sectores del empleo eminentemente masculinos. En este sentido, el Instituto Andaluz de la Mujer ha desarrollado un programa que dinamiza las posibilidades de empleo de las mujeres en el sector de la construcción, intentando terminar con la idea tradicional de que las mujeres que trabajan en él son sólo una excepción. Se trata de conseguir que en este sector la representación femenina sea cotidiana.

El Instituto Andaluz de la Mujer tiene muchos más compromisos similares al que hemos citado. Continuamente se ponen en marcha programas y servicios que responden a un fortalecimiento de la posición social, económica y política de las mujeres. Somos conscientes de que el cumplimiento efectivo de la ciudadanía para todas las mujeres será posible, únicamente, desde la paridad en todos los ámbitos de la vida pública y privada. Y con nuestra implicación alcanzaremos la ampliación de la democracia que, aún hoy, sigue estando inconclusa.

Con ese compromiso fundamental de avanzar en la paridad y de conseguir una sociedad andaluza igualitaria, estamos trabajando en el Instituto Andaluz de la Mujer, conjuntamente con las centrales sindicales y las secretarías de la mujer. Sólo nos queda animar a toda la sociedad a seguir con esta tarea de alcanzar el que debe ser nuestro objetivo común: la igualdad.







Fondo Social Europeo



Secretaría de la Mujer



Secretaría de la Mujer