

Femeris

Revista Multidisciplinar de Estudios de Género



Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género
www.uc3m.es/femeris

Equipo editorial números monográficos

Los números monográficos se editan en colaboración con la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, AEDTSS

Fundadora

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

Directores de los números monográficos

PATRICIA NIETO ROJAS, Universidad Carlos III de Madrid, España
DANIEL PÉREZ DEL PRADO, Universidad Carlos III de Madrid

Comité Editorial

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO, Universidad de Cádiz
EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO, Universidad Carlos III de Madrid
MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, Universidad de Valencia
RICARD ESTEBAN LEGARRETA, Universidad Autónoma Barcelona
FERNANDO LOUSADA AROCHENA, Tribunal Superior de Justicia de Galicia
BEATRIZ QUINTANILLA NAVARRO, Universidad Complutense de Madrid

Comité Científico

LOURDES ARASTEY, Tribunal Supremo
MARÍA AMPARO BALLESTER PASTOR, Universidad de Valencia
MARZIA BARBERA, Universidad Brescia
CATHERINE BARNARD, Universidad Cambridge
EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO, Universidad Carlos III de Madrid
JAIME CABEZA PEREIRO, Universidad de Vigo
ADRIANA LETICIA CAMPUZANO GALLEGO, Magistrada Poder Judicial México
JUDITH CARRERAS GARCÍA, Oficina de la OIT para España
M^a EMILIA CASAS BAAMONDE, Universidad Complutense
M^a ENRIQUETA FERNÁNDEZ HAGGAR, Magistrada Poder Judicial México
SONIA FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Universidad Cagliari
JUAN GORELLI HERNÁNDEZ, Universidad de Huelva
JEAN JACQMAIN, Universidad Libre Bruselas
RISA LIEBERWITZ, Universidad de Cornell
CARMEN LÓPEZ ANIORTE, Universidad de Murcia
LILIA MÓNICA LÓPEZ BENÍTEZ, Magistrada Poder Judicial México
LOURDES LÓPEZ CUMBRE, Universidad Cantabria
CAROLINA MARTÍNEZ MORENO, Universidad de Oviedo
LOURDES MELLA MÉNDEZ, Universidad Santiago Compostela
MARÍA LUISA MOLERO, Universidad Rey Juan Carlos
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE, Universidad de Jaén
TERESA PÉREZ DEL RÍO, Universidad de Cádiz
MARÍA REYES MARTÍNEZ BARROSO, Universidad de León
NURIA RAMOS, Universidad Ámsterdam
MARÍA REGINA REDINHA, Universidad Porto
GINA MAGNOLIA RIAÑO BARÓN, Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)
CARMEN SÁEZ LARA, Universidad Córdoba
CARMEN SÁNCHEZ TRIGUEROS, Universidad de Murcia
MARÍA LUISA SEGOVIANO, Tribunal Supremo
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO, Universidad León
ROSA VIROLÉS, Tribunal Supremo

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE ESTUDIOS DE GÉNERO
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid 126
28903 Getafe (Madrid) SPAIN

ÍNDICE

Editorial

- 5 **En busca de una mayor eficacia para los planes de igualdad**
Eva María Blázquez Agudo / Patricia Nieto Rojas / Daniel Pérez del Prado

Artículos

- 8 **Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad**
The enemies that threaten the real effectiveness of equality plans
Carmen Grau Pineda
- 33 **Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido**
Some keys to understand the current legal configuration of equality plans: scope and content
Carlos L. Alfonso Mellado
- 56 **El diagnóstico de la situación como fase previa a la elaboración de planes de igualdad**
Diagnosis company's situation. First step towards an equality opportunity plan
Ana Domínguez Morales
- 81 **Aplicación y gestión de los planes de igualdad. La asignatura pendiente**
Application and management of equality plans. The pending subject
Alejandra Selma Penalva
- 100 **Protección universal del derecho a la igualdad**
Universal protection of the right to equality
José Fernando Lousada Arochena
- 121 **Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola**
A theoretical approach to the waves of feminism: the fourth wave
Nani Aguilar Barriga
- 147 **Mujer y trabajo al margen**
Woman and work at margin
José Delgado Ruiz
- 166 **Responsabilidad pública en materia de violencia de género (especial referencia a las hijas e hijos de madres maltratadas)**
Public responsibility in the matter of gender violence (special reference to the daughters and sons of battered mothers)
María del Carmen Peral López
- 183 **Nulidad objetiva de la extinción del contrato en período de prueba de la trabajadora embarazada**
Objective nullity of the extinction of the contract in the probation period of the pregnant worker
María Doganoc de León
- 194 **La necesaria construcción de una democracia paritaria para el Derecho Privado: la igualdad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas**
The necessary construction of a paritary democracy for Private Law: gender equality in the management boards of listed companies
Sergio Martín Guardado
- 215 **Dudas en torno a la negociación de los planes de igualdad: la respuesta de los tribunales**
Doubts regarding the negotiation of equality plans: the court's response
María José Ramo Herrando

Crónicas jurisprudenciales

- 237 **Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2018 a 31/8/2019)**
Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2018 to 31/8/2019)
Jean Jacqmain

- 263 **Crónica de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre igualdad (año 2019)**
Chronicle of the spanish constitutional court case on equality rights (year 2019)
Ricardo Pedro Ron Latas

Referencias bibliográficas

- 275 Carolina Martínez Moreno. *Brecha salarial de género y discriminación distributiva: causas y vías para combatirlas*. Bomarzo (Gratiela-Florentina Moraru)

Varia

- 281 **Caminando hacia la erradicación de la esclavitud del siglo XXI**
Tania García Sedano

- 284 **Crónica del Acto Institucional del 8 de marzo-Igualdad de las Mujeres de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTSS)**
Gratiela-Florentina Moraru

EDITORIAL

En busca de una mayor eficacia para los planes de igualdad

EVA M^a BLÁZQUEZ AGUDO
(<https://orcid.org/0000-0002-8214-1960>)

PATRICIA NIETO ROJAS
(<https://orcid.org/0000-0003-3734-3392>)

DANIEL PÉREZ DEL PRADO
(<https://orcid.org/0000-0001-7106-6769>)

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5381>

Los planes de igualdad se han convertido en un instrumento esencial en el avance de la igualdad en el ámbito laboral. Sin embargo, desde su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico por la LOIMH se han venido observando una serie de barreras que limitan su eficacia desde la perspectiva práctica. Las reformas normativas más recientes (el RDL 6/2019, del que hablaremos más adelante) han pretendido precisamente abordar estos problemas, fortaleciendo esta herramienta jurídica de lucha contra la desigualdad en el ámbito de las condiciones de trabajo.

Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde su creación y, muy especialmente, estas novedades legislativas, se hacía imprescindible abordar de forma monográfica la situación y perspectivas de este instrumento jurídico en nuestro ordenamiento. De ahí que la Junta Directiva de la AEDTSS decidiera dedicar el Acto Institucional “Igualdad de las Mujeres” 2020 a los planes de igualdad. De esta forma se consolida la apuesta decidida de la AEDTSS por reflexionar y aportar, desde una perspectiva práctica, soluciones a las dificultades que encuentran las mujeres en el ámbito laboral.

El presente número recoge, entre otros, los trabajos resultantes de esta jornada (además de una crónica sobre su desarrollo). En concreto, podrá observar cómo se han abordado los planes de igualdad desde múltiples perspectivas, ya sea en lo que hace a su alcance y contenido, el diagnóstico para su elaboración, ya sea en lo que se refiere a su aplicación y gestión diaria. Mención especial merece el trabajo de la profesora Grau, Premio

*eagudo@der-pr.uc3m.es

8 de marzo-Igualdad de las mujeres, no solamente por su contenido, sino por sintetizar lo que constituye el nexo común de todas estas aportaciones: su eminentemente carácter práctico. Así, la profesora Grau reúne en su artículo las principales debilidades (“enemigos”) que se detectan en la práctica diaria en lo que hace a la eficacia última de los planes de igualdad.

Por tanto, que se analice cuál es el recorrido del RD Ley 6/2019 un año después parece del todo pertinente, pues, con esta decisión, se extiende la obligación de negociar planes de igualdad a todas las empresas de más cincuenta personas trabajadoras, estableciendo la aplicación paulatina de esta obligación, de modo que:

Las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año para la aprobación de los planes de igualdad. Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años para la aprobación de los planes de igualdad. Con la nueva redacción dada al art. 45 LOIEMH, la obligación alcanza una entidad mayor, pues, conforme a los datos del DIRCE, son 20.485 las empresas que dan ocupación entre 50 y 249 trabajadores, las cuales emplean al 14.9% de la población activa en nuestro país. Ahora bien, ni la primera redacción de la LOIEMH ni la dada por el RD Ley 6/2019 solucionan la falta de precisión de las reglas que habrán de aplicarse para medir la dimensión de la plantilla, pues no se determina cuándo debe efectuarse el cómputo, ni cómo se computan los trabajadores temporales y los trabajadores a tiempo parcial, ni qué impacto tienen las fluctuaciones de plantilla que, en un momento dado, sitúen a la empresa de forma sobrevenida en el umbral mínimo –de 51 trabajadores- o por debajo del mismo.

Como certeramente recuerda el profesor Mellado en el artículo publicado en este número, “la LOIEMH nace del convencimiento de que solo una actuación integral que abordase el conjunto de situaciones que sitúan a la mujer en peores condiciones sociales podía contribuir a superar ese estado de cosas; la LOIEMH nace así con esa voluntad de tratamiento integral y, al margen de imperfecciones técnicas e insuficiencias, pretendía en el ámbito laboral que se abordasen también en él integralmente los problemas que perpetuaban la desigualdad laboral; para ello actuaba en varias direcciones pero destacaré esencialmente tres: en primer lugar perfeccionaba la tutela antidiscriminatoria; en segundo lugar mejoraba la legislación mediante correcciones en ciertos preceptos legales y, en tercer lugar y sobre todo, introducía la necesidad de negociar medidas de igualdad y, en ciertas empresas, planes de igualdad. La LOIEMH pretendía ser así una ley integral y pretendía que en ese tratamiento integral, el protagonismo en el ámbito laboral lo asumiesen los planes de igualdad que debían ser los que en el ámbito concreto de cada empresa estableciesen el tratamiento laboral integral necesario para garantizar la igualdad, en el convencimiento de que sin esa concreción en el ámbito más reducido, los preceptos legales generales no conseguían desplegar totalmente su función igualitaria”.

Para revertir esta situación, el RD Ley 6/2019 apuesta por la participación de la plantilla en los planes de igualdad, de modo que el diagnóstico ha de ser negociado con la representación legal de los trabajadores, debiendo esperar al desarrollo reglamentario para saber con quién se negocia si en la empresa no se han elegido a estos representantes. Sobre este aspecto es de necesaria consulta el trabajo que ha realizada la profesora

Domínguez Morales en el monográfico que aquí se presenta. Para la realización de este diagnóstico puede ser sumamente útil la adhesión al servicio puesto en marcha por el Instituto de la Mujer, "Igualdad en la Empresa", en la medida en que desde una instancia independiente se consigue una evaluación externa de la situación y, sin carácter coercitivo, se proponen medidas concretas a adoptar. Durante esta fase habrá que detectar prácticas y cláusulas que puedan encerrar una discriminación indirecta (v. gr. desigual retribución para trabajos de igual valor, construyéndose la diferencia a partir de un factor neutro, como lo es el encuadramiento profesional; desigual retribución para trabajadores contratados temporalmente, cuando el colectivo de trabajadores temporales esté constituido mayoritariamente por mujeres).

Finalmente, el RD Ley reconoce a la representación legal un derecho de información al registro salarial previsto en el artículo 28.2 ET al tiempo que les reconoce una competencia de vigilancia del respeto y aplicación del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres, pudiendo exigir su cumplimiento en sede administrativa o judicial. Y a este respecto, brillantemente recuerda la profesora Selma, en el artículo publicado en este número, lo altamente conveniente es que se cree una comisión de igualdad para la gestión del plan, ““comisión de igualdad” que será la encargada no sólo de valorar los datos estadísticos obtenidos, sino también de proponer las estrategias destinadas a solventar los problemas detectados, comprobar su correcta ejecución, y llegado el caso, plantear su eventual supresión, revisión o mejora, dependiendo de cuál haya sido la evolución de la situación en la empresa”.

Aunque ahora aparece que todas las instituciones laborales están trabajando para dar una respuesta integral a los efectos derivados del COVID-19, también sería necesario que la igualdad de género no salga de la agenda pública y se cumplan los compromisos políticos que están detrás del desarrollo reglamentario de los planes de igualdad, especialmente porque su materialización conlleva la creación de registro de planes de igualdad, lo cual parece especialmente pertinente de cara a la obtención de la información más transparente en relación al estado de los planes.

Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad*

The enemies that threaten the real effectiveness of equality plans

CARMEN GRAU PINEDA**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la SS
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (ULPGC)*

ORCID: 000-0003-0274-8875

Recibido: 15/01/2020

Aceptado: 01/03/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5382>

Resumen. Hace más de una década que se aprobó la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, conocida como la Ley de Igualdad, y parece un tiempo suficiente para hacer balance del grado de efectividad que ha tenido a lo largo de estos años el instrumento concreto por ella impulsado para corregir la desigualdad entre mujeres y hombres en las empresas: los planes de igualdad. Transcurrido este tiempo, se antoja un ejercicio no solo interesante sino necesario analizar sus aspectos jurídicos más controvertidos, aspectos fundamentalmente referidos a sus problemas de efectividad o eficacia real. Análisis crítico que siempre interesa llevar a cabo en aras de poner de manifiesto los éxitos y fracasos, las fortalezas y debilidades, de cara a plantear las modificaciones necesarias para seguir avanzando en el objetivo genético de los planes de igualdad. Son diversos y variados los enemigos que se ciernen sobre su efectividad real pero ha decidido dedicarse la atención a los tres más recurrentes: un diagnóstico incorrecto, una comisión de control y seguimiento ineficaz y un contenido apropiado para alcanzar el fin perseguido.

Palabras clave: igualdad, Ley de Igualdad, planes de igualdad, diagnóstico, control y seguimiento.

Abstract. It was more than a decade ago since it was approved the Organic Law 3/2007 for the effective equality of women and men, known as the Law of Equality, and it seems sufficient time to take stock of the degree of effectiveness that it has had throughout these years the concrete instrument promoted by her to correct inequality between women and men in business: equality plans. After this time, it seems like an exercise not only interesting but necessary to analyze its most controversial legal aspects, aspects fundamentally referred to its problems of effectiveness or real effectiveness. Critical analysis that always interests to carry out in order to show the successes and failures, the strengths and weaknesses, in order to pro-

* Premio “8 de marzo – Igualdad de las mujeres” 2020 de la AEDTSS. Al haber sido objeto de evaluación y merecedor del premio, este trabajo queda eximido de la evaluación anónima prevista en Femeris.

** carmen.grau@ulpgc.es

pose the necessary modifications to continue advancing in the genetic objective of the equality plans. There are diverse and varied enemies that hover over their real effectiveness but has decided to devote attention to the three most recurrent: an incorrect diagnosis, an ineffective monitoring and control commission and appropriate content to achieve the desired goal.

Keywords: equality, Equality Act, equality plans, diagnosis, control and monitoring.

1. Algunas consideraciones preliminares sobre la igualdad y la contribución de la negociación colectiva, a través de los planes de igualdad, a su consecución plena

Después de todo lo que se ha escrito sobre los planes de igualdad (en adelante, PI) desde su aparición hace ya más de una década (trece años en marzo del año en curso), se antoja un ejercicio no solo interesante sino necesario analizar sus aspectos jurídicos más controvertidos, aspectos fundamentalmente referidos a sus problemas de efectividad o eficacia real. Análisis crítico que siempre interesa llevar a cabo en aras de poner de manifiesto los éxitos y fracasos, las fortalezas y debilidades, de cara a plantear las modificaciones necesarias para seguir avanzando en el objetivo genético de los planes de igualdad.

Pero conviene comenzar por sentar algunas bases. En primer lugar, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante LOI), toma como punto de partida, como no podía ser de otro modo, tanto el artículo 14 de la Constitución española que proclama el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo como el artículo 9.2 que consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas. La igualdad entre mujeres y hombres es un principio jurídico universal reconocido en diversos textos internacionales sobre derechos humanos –entre los que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 1979 y ratificada por España en 1983¹–, pero también es un principio fundamental en la Unión Europea² desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, el 1 de mayo de

¹ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) representa un instrumento de carácter internacional que incorpora una perspectiva de género y pone de manifiesto en el ámbito jurídico internacional las diversas formas de discriminación contra las mujeres. Se trata del primer instrumento internacional que amplía la responsabilidad estatal a actos que cometen personas privadas, empresas o instituciones no estatales u organizaciones no gubernamentales. Al pretender eliminar la discriminación de *iure* y de *facto*, pretende lograr no sólo la igualdad de *iure*, sino la igualdad de *facto* o igualdad real o sustantiva. El objetivo es la transformación social, el cambio social que va más allá del cambio legislativo, aunque lo incluye. Es más, la igualdad de *iure* se concibe sólo como un medio para lograr la realización práctica del principio de igualdad. Tampoco la igualdad de *iure* se concibe como un tratamiento exacto por parte de la legislación a hombres y mujeres. Se trata de una igualdad basada en el goce y el ejercicio de los derechos humanos que, por lo tanto, permite trato distinto, aún por parte de la ley, cuando la situación es distinta. La CEDAW instaura el concepto de igualdad sustantiva, conformada por la interacción de dos principios contenidos en la misma convención: 1. El principio de no discriminación (art 1 CEDAW) y 2. El principio de la intervención o responsabilidad estatal (arts. 2 a 16). Más detalles al respecto en GARRIDO JIMÉNEZ, LORENA: "Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis", <http://vlex.com/vid/planes-igualdad-empresas-momentos-crisis-339347262>, pp. 375-376 de la versión electrónica.

² En particular, esta Ley incorpora al ordenamiento español dos directivas en materia de igualdad de trato, la 2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

1999 en el que la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros son un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros.

Sin embargo, y ya en segundo lugar, reconoce la LOI, que el pleno reconocimiento de la igualdad formal ante la ley, aun habiendo comportado, sin duda, un paso decisivo, ha resultado ser insuficiente. Y se explaya en relatar que “la violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de las mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres (...) es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos” (E.M. LOI, II). En definitiva, concluye que resulta del todo necesaria, una acción normativa dirigida a combatir todas las manifestaciones aún subsistentes de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y a promover la igualdad real entre mujeres y hombres, con la remoción de los obstáculos y estereotipos sociales que impiden alcanzarla que, de otro lado, es ineludible por derivar de nuestro ordenamiento constitucional.

En tercer lugar, deriva, además, de la LOI la transversalidad del principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, esto es, que haya de informar, con carácter transversal, la actuación de todos los poderes públicos (*mainstreaming ex art. 15*). Y, para ello, la LOI pretende “el establecimiento de criterios de actuación de todos los poderes públicos en los que se integra activamente, de un modo expreso y operativo, dicho principio; y con carácter específico o sectorial, se incorporan también pautas favorecedoras de la igualdad en políticas como la educativa, la sanitaria, la artística y cultural, de la sociedad de la información, de desarrollo rural o de vivienda, deporte, cultura, ordenación del territorio o de cooperación internacional para el desarrollo” (E.M. LOI, III). La transversalidad instaurada por la LOI persigue la “penetración de este principio en todos los ámbitos del sistema social, entre los que se encuentra el laboral, siendo una de sus novedades más destacadas, en relación con la negociación colectiva, la regulación de los planes de igualdad, los cuales han constituido la medida que ha cobrado más protagonismo en la lucha por la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el campo laboral³”. Y es que, la LOI presta especial atención a la “corrección de la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales [y para ello y] mediante una serie de previsiones, se reconoce el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares, criterios inspiradores de toda la norma que encuentran aquí su concreción más significativa”. La LOI pretende, particularmente, promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido (E.M. LOI, III). Como acertadamente se ha señalado “planteado de este modo, resulta evidente

³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y GUINDO MORALES, SARA: “Planes de igualdad”, en SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. (Dir.): Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres, BOE, 2018, p. 567.

que la negociación colectiva puede actuar como fuerza motriz en la lucha contra la discriminación por razón de género⁴.

En cuarto lugar, será a partir de este momento, cuando la igualdad de oportunidades y la no discriminación por razón de sexo en el marco de las organizaciones laborales pasara a convertirse “en una viga maestra de la gestión empresarial, fomentada por la aprobación de tal conjunto normativo específico sobre la materia⁵”. De la LOI dijo que “revolucionó el sistema de relaciones laborales en España y [que] se ha consolidado como un hito legislativo en materia de igualdad⁶”. La incorporación de la igualdad de género en las empresas pasó a ser entonces materia obligatoria de la negociación colectiva (arts. 45-48 LOI), corrigiendo así la desigualdad en el ámbito específico de las relaciones laborales y asignando un rol especial a la misma, el papel protagonista o principal que diríamos. Pero repárese en cómo la LOI pretende promover la adopción de medidas concretas a favor de la igualdad en las empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido y sin casi ningún tipo de imperativo legal (más allá de los supuestos en que es obligatorio negociarlos). La LOI contempla diversas medidas en este sentido, siendo la más relevante, mayoritariamente en la doctrina iuslaboralista, el que se negocien por los agentes sociales en el convenio medidas garantes de la igualdad real entre mujeres y hombres, en general, y, más concretamente, planes de igualdad.

Y es que, considerada la negociación colectiva como el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social, se la configura como el espacio natural para que este tipo de preocupaciones encuentre respuesta. De hecho, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2018-2020) incorpora un anexo en el que se reflejan “Acuerdos alcanzados en el ámbito bipartito que deben ser desarrollados en el ámbito tripartito con el Gobierno de España” y que incluye el mandato a las partes firmantes del mismo de desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombre y mujeres⁷. Conviene recordar que el objetivo de estos acuerdos

⁴ FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, ALICIA Y BASTERRA HERNÁNDEZ, MIGUEL: “Principales actuaciones en materia de no discriminación por razón de sexo en las empresas con el distintivo “igualdad en la empresa”. Puntos críticos y propuestas de mejora”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº 3, 2019, p. 31.

⁵ MENÉNDEZ CALVO, REMEDIOS: “Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, IV, 2011, p. 168.

⁶ *Ídem*, p. 170.

⁷ Que contemplen, al menos, los tres siguientes:

– Un desarrollo del sistema de atención a la dependencia y la infancia que dé la cobertura necesaria para que la actividad profesional retribuida de las mujeres en las empresas no se vea tan afectada como en la actualidad por estas contingencias.

– Una equiparación en las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad/maternidad o de las reducciones de jornada, de manera que se incentive desde el poder público que hombres y mujeres se acojan al ejercicio del derecho de forma equitativa, igualitaria e intransferible.

– Un estudio cualitativo del sistema de pluses y complementos salariales, midiendo su impacto de género y que informe adecuadamente a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, para la adaptación de éstos a criterios que no conlleven un impacto de género.

no es otro que orientar la negociación de los convenios colectivos durante la vigencia de éste, estableciendo criterios y recomendaciones para acometer en los procesos de negociación colectiva⁸.

En quinto y último lugar, los PI aparecen definidos y configurados de forma no solo amplia sino flexible, dado que permite una gran capacidad de gestión y organización a las partes negociadoras que intervienen en la puesta en marcha del proceso de negociación, programación y seguimiento de estos. Así concebido el PI pretende incidir positivamente no solo en la situación de las trabajadoras, sino en toda la plantilla, dado que el objetivo final es la igualdad real. De los PI se ha dicho que “representan herramientas sumamente útiles para corregir la desigualdad entre mujeres y hombres⁹”. Y es que, partiendo de un diagnóstico de la concreta situación de la empresa los planes se definen por articular un conjunto de medidas tendentes a corregir las carencias evidenciadas en la fase previa de diagnóstico, fijando los concretos objetivos a alcanzar, las acciones comprometidas para conseguirlos, los recursos dotados a tal fin, los plazos y las personas responsables de llevar a cabo tal tarea.

En definitiva, sea como fuere, y para no alargar más de lo estrictamente necesario estas líneas introductorias, lo cierto es que en esta última década transcurrida desde la aprobación de la LOI, España ha pasado de tener una regulación muy escasa en materia de igualdad a tener una de las más avanzadas y completas y la igualdad ha pasado de ser un tema prácticamente desconocido en la negociación colectiva a ser en materia de obligado tratamiento *ex art. 85.1 ET*. Ahora bien, esta última década ha sido, además, trágica en términos de crisis económica y de empleo y ello ha tenido consecuencias directas en el desarrollo y proliferación de los PI. No siendo el principal problema que los PI presentan, si es cierto que hay que reconocer la incidencia directa de la crisis en ellos y su impac-

⁸ También en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (2015-2017) también se preveía un Capítulo III rubricado “Impulsar el empleo de calidad y con derechos” entre cuyos objetivos fundamentales de los convenios colectivos se incluía el cumplimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres. En el punto 6 de este capítulo se abordaba específicamente la igualdad de trato y oportunidades y se señalaba “la necesidad de promover la igualdad de trato y oportunidades en el empleo para responder, tanto a la diversidad del mercado de trabajo, como para maximizar el impacto y los beneficios que tienen en las empresas la presencia de plantillas heterogéneas en términos de sexo, edad, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, discapacidad, convicciones religiosas, ...”. Y, de forma más concreta, se indicaba que la negociación colectiva “nos permite a las organizaciones sindicales y empresariales, contribuir a la igualdad de trato y de oportunidades en las empresas respondiendo a la diversidad actual de las plantillas y de la sociedad y consiguiendo aprovechar el potencial humano, social y económico que supone esta diversidad”. A continuación se realizaban una serie de recomendaciones generales a tener en cuenta en los convenios colectivos entre los que estaban: avanzar en el desarrollo de criterio orientadores de medidas que fomenten la igualdad de oportunidades con pleno ejercicio de la autonomía colectiva; promover cláusulas antidiscriminatorias que permitan adecuar el contenido de los convenios a la normativa vigente y contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo; y promover la igualdad de trato y de oportunidades por cualquier circunstancia personal y/o social, abordando medidas y orientaciones en relación con la igualdad entre mujeres y hombres, y trabajadores migrantes, trabajadores con discapacidad. Pero, también, de otras más específicas entre las que se encontraban el incluir criterios sobre la incorporación de cláusulas de acción positiva, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, la eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional, la subsanación de diferencias retributivas o la incorporación de medidas o criterios que mejoren el acceso al empleo, la promoción y la formación, prestando especial atención a la contratación de mujeres en aquellos sectores en los que estén subrepresentadas, entre otros.

⁹ ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA Y NIETO ROJAS, PATRICIA: “El impulso a los planes de igualdad en el RD Ley 6/2019”, en DE LA PUEBLA PINILLA, ANA (Dir.): *Tiempo de reformas*, Tirant lo Blanch, 2019, p. 323.

to relativo. Ni siquiera pensamos haya de considerarse como uno de sus enemigos sino más bien como un elemento contextual –terreno más o menos fértil– que determina la receptividad o no ante temas tan sensibles social y jurídicamente hablando como el que nos ocupa. Pero lo que es innegable es que la LOI entró en vigor casi forma simultánea con el desencadenamiento de la última gran crisis económica y global. Ante tal evidencia, conviene recordar que los convenios colectivos responden siempre a un equilibrio de fuerzas y, en momentos de crisis como los vividos, es frecuente constatar cómo se anteponen muchas otras reivindicaciones que relegan a un segundo plano las relativas a la igualdad. Dicho en otras palabras, la igualdad es concebida como un tema menor dentro de las empresas, como “algo relativamente superfluo dado lo que está cayendo¹⁰”, afirmaron algunos. Y conviene tener presente que al tratarse de un derecho fundamental¹¹, su desarrollo no puede supeditarse ni a las condiciones económicas de una empresa en particular ni a las de la economía en general¹². Y, en este sentido, “la crisis ha tenido un fuerte impacto en la destrucción de empleo y en el propio desarrollo de los Planes de Igualdad, por un falso entendimiento del derecho a la igualdad como un derecho social y económico, cuando posee un carácter esencial para la verificación de un estado democrático de derecho¹³”. O lo que es lo mismo, las políticas de igualdad no deben verse afectadas por la crisis porque el derecho fundamental a la igualdad efectiva consagrada en nuestra Carta Magna no está sujeto a las condiciones económicas de los estados o, mejor dicho, no debería estarlo.

En consecuencia, los resultados de la LOI han sido discretos y, ante tal evidencia, se aprueba el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (en adelante, RDL 6/2019) que busca, en general, “dar a la sociedad un marco jurídico que permita dar un paso más hacia la plena igualdad” (E.M. del RDL 6/2019) y, para ello, además de su medida estrella, incorpora otras que, pese a haber pasado más desapercibidas, tienen una importancia nada desdeñable. Cuando decimos medida estrella nos referimos la extensión de “exigencia de redacción de los planes de igualdad a empresas de cincuenta o más trabajadores, creando la obligación de inscribir los mismos en el registro

¹⁰ MAZA CASO, ESTER: “Planes de igualdad en tiempos de crisis: consideraciones prácticas”, AEDIPE: Revista de la Asociación Española de Dirección de Personal, nº 11, 2012, p. 44.

¹¹ La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un derecho básico de las personas trabajadoras y debe suponer la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil. Pero supone, asimismo, su equiparación en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones de tal forma que existan las condiciones necesarias para que su igualdad sea efectiva en el empleo y la ocupación. Y, precisamente por ello, son contrarias al derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres –tanto en tiempos de crisis como en tiempos de expansión– las discriminaciones directas e indirectas, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, la discriminación por el embarazo, la maternidad, la asunción de obligaciones familiares o el ejercicio de los derechos de corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral, las represalias como consecuencia de las denuncias contra actos discriminatorios y los actos y cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo.

¹² BODELON GONZALEZ, ENCARNA (DIR.): *El impacto de los planes de igualdad en las empresas*, Universidad Autónoma de Barcelona, Grupo de Investigación Antígona de la UAB, NIPO:685-14-031-6, Exp. 4/09, pp. 60 y ss., disponible en http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2014/docs/El_impacto_planes_Igualdad_empresas.pdf

¹³ GARRIDO JIMÉNEZ, LORENA: “Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis”, <http://vlex.com/vid/planes-igualdad-empresas-momentos-crisis-339347262>, pp. 403-404 de la versión electrónica.

que se desarrollara reglamentariamente”, pero consideraremos otras como el obligatorio consenso de un diagnóstico que, ahora, ha de tener unos contenidos específicos; la mayor concreción de las materias que, obligatoriamente, ha de abordarse en ellos; o la obligatoriedad de su registro. Todos ellos contenidos que generaban dudas e interpretaciones diversas que, ahora y por fin, van aclarándose y proporcionando una suerte de “madurez serena” a los PI que esperamos tengan los efectos deseados.

2. Los enemigos de los planes de igualdad

Hace seis años ya se alertaba sobre el hecho cierto de que “la efectividad de los PI puede verse mermada tanto por un diagnóstico incorrecto, como por la ineficacia de la comisión de seguimiento, pero, sobre todo, por negociar de forma exclusiva o casi mayoritariamente materias tales como los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, el protocolo antiacoso y las medidas de violencia de género¹⁴”. Y ello porque lo negativo, lo realmente contraproducente en este sentido, no es que no se negocie el PI, sino el hecho de que, negociándose, diste mucho de ser el instrumento jurídico más relevante en la consecución de la igualdad real de oportunidades entre mujeres y hombres en la empresa en que la LOI pretendía convertirlo¹⁵. Lo cierto es que, seis años después, los mismos enemigos acechan la efectividad real de los PI, a saber, un diagnóstico incorrecto (2.1.), una comisión de seguimiento ineficaz (2.2.) y un contenido inapropiado para el fin perseguido (2.3.) o, lo que es lo mismo, no negociar auténticas materias pro igualdad mujeres y hombres. Analicémoslos detenidamente.

2.1. La importancia determinante del diagnóstico y los problemas derivados de un diagnóstico incorrecto

Considerado como el análisis detallado, preciso y riguroso de la situación sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres dentro de la empresa, el diagnóstico del PI es determinante en aras de su efectividad real, es la clave de su éxito, su clave de bóveda. Y ello porque “aporta una base sólida y documentada sobre la que construir la arquitectura del plan de igualdad y conseguir una verdadera política de transversalización del género en el ámbito empresarial¹⁶”. No debe considerarse, por tanto, un simple trámite porque de realizarse un inadecuado diagnóstico de la realidad -ya sea por incompleto,

¹⁴ GRAU PINEDA, CARMEN: “Los planes de igualdad como ¿nueva? técnica para la consecución de la igualdad en las empresas”, en VVAA: *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters Aranzadi y Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2014, pp. 263-286.

¹⁵ FABREGAT MONFORT, GEMMA: “Los riesgos en la negociación colectiva e implantación de los planes de igualdad”, en www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/pub62484.pdf. También, FABREGAT MONFORT, GEMMA: “Planes de igualdad”, en VVAA: *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, CINCA ediciones y CCOO, 2013.

¹⁶ Boletín Igualdad en la Empresa: “Los planes de igualdad. Diagnóstico”, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, nº 35, julio 2016, p. 4.

deficiente o irreal- sobre la que va a aplicarse el PI puede dejar sin efecto todas las buenas intenciones de los negociadores¹⁷.

Con carácter general, el objetivo del diagnóstico es identificar la situación en la que se encuentra la empresa en relación con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, estudiando de forma detallada la gestión interna, al objeto de detectar áreas de mejora y diseñar una intervención contraria a la discriminación de género mediante la aprobación del PI. Con carácter más específico, el PI pretende dar a conocer las características descriptivas de la empresa, hacer visible la situación de partida de la plantilla para detectar situaciones de desigualdad, de segregación horizontal y vertical, detectar trato discriminatorio en las prácticas de gestión de recursos humanos o conocer las percepciones y expectativas de las personas trabajadoras, entre otras, y que pueden recorrer todo el abanico de las condiciones laborales, tales como el acceso al empleo, la promoción, la formación, las retribuciones, la conciliación, las medidas de protección a la maternidad, el acoso sexual y por razón de sexo, así como las regulaciones referentes al término de la relación laboral.

Queda claro el propósito del diagnóstico, pero surgen dudas razonables sobre aspectos tales como quién debe realizarlo, cómo o si ha de consensuarse entre las partes negociadoras¹⁸. Hasta fechas recientes era unánime considerar -en la línea predeterminada por la LOI y atendiendo a su “razón de ser o finalidad”, esto es, llevando a cabo una interpretación teológica o finalista de la citada norma ante su silencio respecto de este aspecto concreto- que el diagnóstico se debería consensuar entre las partes, pero la falta de acuerdo en el diagnóstico no invalidaba la obligación de negociar el PI. Obviamente, si lo que se persigue -el fin último- es que las partes se sienten a negociar las medidas conformadoras del plan es preciso haber consensuado, previamente, los indicadores sobre la desigualdad existente que pretende erradicarse con las medidas que se adoptan. Es por ello por lo que, aun no siendo obligatorio, se consideraba fundamental el consenso de las partes al respecto, esto es, la aceptación tanto por el empresariado como por la representación de las personas trabajadoras del diagnóstico en el sentido de ser un reflejo fiel de la realidad de la empresa, “sin trampa ni cartón”, sin maquillajes o retoques estéticos que induzcan a engaño.

A solucionar este dislate ha contribuido el RDL 6/2019 que ha venido a modificar la regulación del diagnóstico como paso previo y determinante del PI y que, como se ha adelantado, “va a suponer un cambio más allá del propio diagnóstico afectando sustancialmente al Plan de Igualdad¹⁹”. Y es que a eso se refiere precisamente el actual art. 46.2 LOI, tras la modificación operada por el RDL antedicho, reforzando en dos momentos distintos del precepto la necesidad de que efectivamente el diagnóstico se consensue con los

¹⁷ FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia”, en el Boletín Igualdad en la Empresa: “Negociación colectiva y registro de planes de igualdad”, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, nº 48, septiembre 2018, p. 19.

¹⁸ La Audiencia Nacional ha considerado, recientemente, nulo el plan de igualdad decidido unilateralmente por la empresa por ser éstos una manifestación propia de la negociación colectiva, que deben negociarse con los representantes de los trabajadores, sin que quepa su aprobación unilateral por la empresa (FJ 5 de la SAN 4583/2019)

¹⁹ FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial”, Revista de Derecho Social, nº 86, 2019, p. 208.

representantes de las personas trabajadoras: de un lado, el hoy vigente art. 46.2 LOI dice, en su primer párrafo, que con carácter previo se elaborará un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras que contendrá al menos las siguientes materias. De otro, se insiste en el hecho de que la elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la comisión negociadora del PI, para lo cual, la dirección de la empresa facilitará todos los datos e información necesaria para elaborar el mismo en relación con las materias enumeradas en el mismo apartado, así como los datos del registro regulados en el artículo 28.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). A falta de un desarrollo reglamentario que no ha llegado -pese a haber transcurrido el plazo previsto para ello-, son, sin embargo, buenas noticias por lo que de disipación de dudas supone.

Y es que en aras a preservar todas las garantías para las personas trabajadoras en esta materia, lo deseable es que el PI se negocie con la representación de la plantilla y se suscriba en el ámbito del convenio colectivo que sea oportuno. Lo que no tiene sentido, y ahora se corrige por obra del RDL 6/2019, es que la obligación empresarial de entregar datos a la representación de las personas trabajadoras sea limitada, esto es, cumpla la empresa con la obligación de realizar el diagnóstico pero no pueda negociarse éste sino única y exclusivamente las medidas conformadoras del plan. Como acertadamente se ha señalado "esto plantea una mayor situación de poder fáctico en la etapa de diagnóstico, con consecuencias en las medidas y acciones a negociar²⁰" porque hay estudios que ponen en evidencia una cultura empresarial que, con carácter habitual, "maquilla" los diagnósticos reales, que oculta una información que es en sí misma uno de los objetivos del PI para no verse compelidas a implementar medidas igualitarias con un impacto económico considerables, cuando la realidad es tozuda y demuestra que muchas materias podrían regular sin grandes impactos económicos o con impactos razonables.

Y, precisamente por ello, es irrelevante quien lo realice, es decir, que si bien es bastante frecuente que lo aporte la parte empresarial, el equipo directivo (fundamentalmente a través del departamento responsable de recursos humanos), no hay ningún impedimento para que pueda encargarse a un ente externo siempre que el trabajo especializado de éste se someta a debate expreso y aceptación por ambos interlocutores al inicio de la negociación. Lo realmente relevante es su verosimilitud y rigurosidad, únicas garantías de su carácter instrumental respecto de las medidas a implementar.

Repárese en el riesgo real de que un PI sea ineficaz *ab initio* si, por ejemplo, se pactan muchas medidas de igualdad para el desarrollo de la relación laboral y no se incide en la desigualdad de entrada, en la discriminación en el acceso porque el diagnóstico de la realidad no ha mostrado la discriminación existente en el acceso a ciertos puestos; o cuando el problema central de una empresa sea la promoción y, por no detectarlo el diagnóstico, no se incida en una problemática relevante pero no detectada. En ambos casos, es frecuente no encontrar datos en el diagnóstico ni sobre los procesos de selección del personal en la

²⁰ GARRIDO JIMÉNEZ, LORENA: "Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis", <http://vlex.com/vid/planes-igualdad-empresas-momentos-crisis-339347262>, p. 406 de la versión electrónica.

empresa ni sobre la promoción en la empresa, dos cuestiones claramente desatendidas que ponen de manifiesto el desinterés empresarial por cuestiones basilares en la superación de la discriminación laboral. Y, sin datos reales en el diagnóstico, es imposible establecer acciones e implementar medidas en pro de la igualdad.

En definitiva, el informe de diagnóstico como documento base del trabajo para realizar el PI deberá contener un análisis serio y riguroso de la información básica de la empresa pero analizada desde una perspectiva de género, esto es, alcanzando conclusiones que a partir del análisis de datos cuantitativos y cualitativos permita hacer una descripción de la situación actual de la empresa e identificar desequilibrios entre sexos, así como proponer mejoras y ámbitos prioritarios de actuación. Un diagnóstico que responda a la realidad concreta sobre la que pretende incidir, que sea una foto fija real de la situación de la empresa, resulta fundamental para la eficacia del PI. El legislador del RD-Ley 6/2019 ha sido consciente de esto y, por eso, impone, como novedad frente a la regulación anterior, negociar el diagnóstico con los representantes de las personas trabajadoras y le fija al diagnóstico un contenido obligatorio.

2.2. El papel fundamental de la comisión de control y seguimiento del plan de igualdad en aras a garantizar el cumplimiento de lo negociado

El papel de la comisión de control y seguimiento del PI (en adelante, CCS) resulta fundamental para garantizar la eficacia de lo pactado, es decir, para garantizar la viabilidad futura del mismo²¹. Y ello incluye que el PI se adecúe a la realidad de la empresa conforme ésta vaya evolucionando, dado que está concebido para ser algo dinámico, cambiante, vivo como las relaciones laborales en las que va a aplicarse en pos de conseguir una igualdad real en la empresa.

Conviene tener muy presente que, en el diseño del PI, dos de los criterios fundamentales son la flexibilidad (se diseña en función de las necesidades y posibilidades de la organización) y el dinamismo (es progresivo y está sometido a cambios constantes). Y, en este sentido, el plan habrá de ser lo suficientemente flexible para permitir que se adapte a las nuevas necesidades y demandas que se detecten a través de su seguimiento, garantizando las modificaciones necesarias en cada momento. Y para ello, la labor de seguimiento, liderada y desarrollada por la CCS constituida a tal efecto²² -o por la Comisión de Igualdad (CI)²³ en aquellos casos en los que se le asignen las funciones de seguimiento

²¹ FABREGAT MONFORT, GEMMA: "La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia", *op. cit.*, p. 19.

²² Siguiendo las pautas para la creación de la Comisión de Igualdad y cuyas funciones serán as de dinamizar y llevar el control de la puesta en marcha de las acciones, supervisar la implantación del plan y recabar información a partir de los indicadores propuestos para cada medida. Más información al respecto en Boletín Igualdad en la Empresa: "Los planes de igualdad. Diseño, implantación, seguimiento y evaluación", Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, nº 36, agosto 2016, p. 14.

²³ Brevemente, la Comisión de Igualdad tendrá una composición paritaria con representación tanto de la empresa, como de la plantilla a través de la representación sindical. Es aconsejable respetar la proporcionalidad de la representación sindical y es recomendable que, por la parte empresarial, las personas negociadoras tengan competencias en

o incluso por la Comisión Paritaria (CP) cuando así se prevea- contempla la elaboración de informes de seguimiento (con una frecuencia anual) que resumirán toda la información acerca de la ejecución de las acciones, indicando su grado de ejecución, obstáculos, etc. Tanto si se opta por diferenciar comisión de igualdad y control y seguimiento atribuyendo a ambas competencias diferentes como si se data a la de igualdad de un reglamento interno de funcionamiento en el que se incluyen las funciones de seguimiento del PI, lo realmente importante es que dentro del PI se recoja la existencia de un órgano que se ocupe del control y seguimiento (supervisar su implantación) y evaluación (información sobre los indicadores).

En definitiva, una correcta implementación de PI no solo requiere una planificación previa en la que se establezcan los recursos humanos, económicos y temporales necesarios para que las medidas en el contenido puedan llevarse a cabo, sino también la realización de análisis que estudien el impacto que la adopción del plan puede tener tanto a corto como a medio plazo. Solo si entendemos que evaluar no es ni más ni menos que constatar que las medidas propuestas se están llevando a cabo tal y como se pretendía y que están obteniendo los resultados esperados (análisis de datos y seguimiento de indicadores), entonces seremos capaces de entender la importancia de la evaluación tanto como mecanismo de ajuste como de propuestas de mejora.

En adición a lo anterior y para que el PI suponga un instrumento de tutela y garantía real, también resulta de crucial importancia que se registre y se someta a control de forma y fondo.

En lo que se refiere al registro²⁴, es el RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo el encargado de prever el registro (art. 2 y D.A. Segunda) tanto de los PI insertos en el convenio colectivo de empresa o los acuerdos que aprueban el PI derivados de la negociación colectiva de empleo, como de los acuerdos que aprueban PI en las empresas afectadas por la negociación colectiva sectorial. También se podrá solicitar el depósito de los acuerdos que aprueben los PI de empresas que carezcan de convenio colectivo propio y no deriven de lo establecido en un convenio sectorial. Corresponde al registro de convenios y acuerdos colectivos (REGCON), adscrito a la Dirección General de Trabajo como autoridad laboral competente, la inscripción de los actos inscribibles previstos de ámbito estatal o supra-autonómico. Sin embargo, se planteaban problemas referidos a la obligatoriedad del registro que han venido a ser resueltos por el RDL 6/2019 al introducir tres nuevos apartados en el art. 46 LOI para crear un registro de PI, como parte de los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, imponiendo a las empresas la obligación de inscribir sus PI en el citado registro. Ahora bien, su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso al registro ha quedado pendiente de un desarrollo reglamentario que no llega -ya incumplido, 6 meses desde su entrada en vigor-.

recursos humanos y capacidad de decisión. Esta Comisión es la encargada de elaborar y negociar el PI para elevarlo a la mesa general

²⁴ Más detalles en ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA Y NIETO ROJAS, PATRICIA: "El impulso a los planes de igualdad en el RD Ley 6/2019", en DE LA PUEBLA PINILLA, ANA (Dir.): *Tiempo de reformas*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 358 y ss.

En cuanto al control de aplicación y sanción²⁵ del incumplimiento de los PI, la Ley establece la responsabilidad de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (en adelante, ITSS) en el control de la correcta aplicación de los planes y programas de igualdad pactados en los convenios colectivos mediante la introducción de una serie de modificaciones en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante, LISOS) por la disposición adicional décimo cuarta de la LOI. De un lado, se añade un nuevo apartado, el 13, al art. 7 LISOS, que pasa a considerar como infracción grave en materia de relaciones laborales “no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.”. Y, de otro, se modifica el art. 8 LISOS al que se añade un nuevo apartado 17, que pasa a calificar como infracción muy grave en materia de relaciones laborales “No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley”. De los datos proporcionados en los informes anuales de la ITSS se deriva que el grado de cumplimiento ha sido elevado, las sanciones pocas y poco cuantiosas y que ha habido un número relativo de requerimientos.

Pero lo realmente relevante es el sistema de control interno, esto es, la existencia en el propio PI –o en el convenio colectivo al que se anexione– de un sistema de infracciones y sanciones respecto de los incumplimientos referidos a las medidas pro igualdad en él contenidas, una suerte de “control de legalidad”²⁶. Esto es especialmente flagrante en contenidos como los referidos al acoso, los conocidos como protocolos antiacoso respecto de los que resulta fundamental para las víctimas conocer la protección de sus derechos pero también el castigo de la persona agresora. Es evidente que “el seguimiento y la evaluación de los planes de igualdad puede enfocarse desde diferentes perspectivas y centrarse en distintos aspectos. Así, tales cuestiones podrán atender desde el contenido y estructura del propio plan en sí mismo, hasta el cumplimiento o implantación de sus diferentes estrategias y medidas²⁷”. Lo que resulta más complejo es implantar sistemas de intervención externa públicos –instituciones con competencias en la materia como el Instituto de la Mujer en este caso– o privados –auditorías– y plantea problemas de difícil solución que ya se han planteado en el pasado con ocasión de reivindicaciones similares como ocurrió, por ejemplo, respecto del propio contenido de los convenios colectivos y el papel de las direcciones generales de empleo.

²⁵ En cuanto a las sanciones consistirán tanto en la pérdida automática de ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, como en la exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses. No obstante, en el caso de las infracciones muy graves referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones a las que se refiere el apartado anterior pueden ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente. No cumplir con las obligaciones que en materia de igualdad establece el Estatuto de los Trabajadores puede dar lugar también a sanciones económicas, con multas entre 626 - 6.250 euros y si la infracción es muy grave, es decir, no elaborar o no aplicar el plan de igualdad, las multas pueden oscilar entre 6.251 - 187.515 euros.

²⁶ Más detalles en ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA Y NIETO ROJAS, PATRICIA: “El impulso a los planes de igualdad en el RD Ley 6/2019”, en DE LA PUEBLA PINILLA, ANA (Dir.): *Tiempo de reformas*, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 364 y ss.

²⁷ QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ: “Evaluación y seguimiento de los planes de igualdad”, VVAA: *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015, p. 223

Todo esto es especialmente relevante en el caso de las empresas que obtengan subvenciones para la elaboración e implantación de PI²⁸ u otro tipo de reconocimientos como, por ejemplo, el distintivo de igualdad por estar sujetas al control finalista de las mismas. En cuanto a este último, por ejemplo, resulta interesante apuntar siquiera brevemente²⁹ que la Red Distintivo de Igualdad en las Empresas (DIE) está conformada, por el momento, por 148 empresas que, tras actividades de dinamización y puesta en común de sus iniciativas en la materia, intercambian buenas prácticas en materia de igualdad entre mujeres y hombre en el ámbito laboral. Ostentar el DIE supone un doble beneficio para las empresas: de un lado, es una marca, un *label* o sello de excelencia que se obtiene en convocatorias anuales que reconoce a las empresas y otras entidades que destaquen en el desarrollo de políticas de igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral mediante la implementación de planes y medidas de igualdad; y, de otro, al pertenecer a tal red se tiene acceso directo a distintas actividades, espacios, grupos de trabajo, etc. Y, en este marco, los controles no solo formales sino, en lo que ahora interesa destacar, materiales son mayores que en el planes de igualdad de empresas que no pertenece a la citada Red en tanto en cuanto beneficiarias de incentivos económicos públicos.

2.3. *Las consecuencias derivadas de un contenido inapropiado para alcanzar el fin perseguido*

Se ha dejado para el final este potencial enemigo de la eficacia real de los PI por tratarse del más difícil de detectar de los tres señalados dado que no interfiere en la apariencia de total legalidad que en atención a lo fijado por la LOI supone que en muchos casos los PI presenten contenidos unificados, estereotipados, calcados.

Téngase en cuenta que la LOI establece criterios orientadores para la elaboración de los PI, es decir, evita determinar un modelo uniforme de plan que encorsete a los empresas y, al contrario, les proporciona la libertad suficiente para elaborar el suyo propio sin más limitaciones, pero con diagnóstico previo. La idea inherente es, por tanto, la más absoluta de las libertades en la determinación de los contenidos en un intento por facilitar que cada uno pueda hacerse “un traje a medida” que encaje a la perfección. En este afán, la LOI permite a las personas negociadoras desde definir los contenidos, hasta señalar los sistemas de seguimiento y evaluación, pasando por la determinación de las materias, la fijación de objetivos y el establecimiento de la planificación temporal de las estrategias y prácticas.

La LOI permite que se negocien, “entre otras”, las siguientes materias en los planes de igualdad: “acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribu-

²⁸ <http://www.igualdadenenlaempresa.es/recursos/subvenciones/home.htm>. La última convocatoria está contenida en la Resolución de 23 de mayo de 2019 del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (BOE de 30.05.2019).

²⁹ Tiene por objeto promover la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales mediante el reconocimiento de aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus plantillas. Más detalles en la web <http://www.igualdadenenlaempresa.es/redEmpresas/distintivo/home.htm> y en, entre otras, NIETO ROJAS, P.: “Distintivos en materia de igualdad: ¿Mercadotecnia o responsabilidad social empresarial?”, revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, vol. 45, 2017.

ciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo" (art. 46.2 LOI). Y, consecuencia de ello, cada PI puede abarcarlas todas ella o solo algunas, en función de sus necesidades concretas, incluso algunas otras no previstas en este listado no exhaustivo sino ejemplificativo aportado por la LOI. En este sentido es importante traer a colación la reforma llevada a cabo sobre la LOI por obra del RDL 6/2019 en el sentido de prever como materias que deberán contener los PI las siguientes:

- a) Proceso de selección y contratación
- b) Clasificación profesional
- c) Formación
- d) Promoción profesional
- e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoria salarial entre mujeres y hombres
- f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral
- g) Infrarrepresentación femenina
- h) Retribuciones
- i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo

Pero, retomemos el hilo anterior. Cuando se acomete un análisis exhaustivo de los contenidos de una muestra concreta de planes de igualdad, se constata la persistencia de algunos contenidos repetitivos, habituales o recurrentes que llegan a destacar sobre los demás: conciliación, acoso y de violencia de género. Y ello llama poderosamente la atención porque tratándose de cuestiones cruciales, sin ningún género de dudas, no siempre tendrán que ver con los problemas de igualdad en la empresa, no siempre serán los temas determinantes en la empresa a favor de la igualdad real. Resulta fundamental, en este sentido, recordar que aunque cada empresa decide libremente, en el marco de la negociación del plan, las áreas de intervención –en función con los resultados del diagnóstico– resulta crucial priorizar las áreas de trabajo y establecer objetivos concretos y precisos.

a) La conciliación de la vida personal, familiar y profesional

El tema de la conciliación es un tema tan complejo que merece ser tomado en consideración con la seriedad requerida por los grandes retos³⁰. Mientras la conciliación sea un problema para las personas trabajadoras, afectará tan negativamente a la igualdad real entre mujeres y hombres en el trabajo que devendrá en imposible. Se dice que será nece-

³⁰ Conviene recordar que, a nivel estatal, la primera ley específica que reguló este ámbito fue la Ley 39/1999 de 5 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Pero será la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres la que, además de ampliar los derechos en esta materia, se propone como objetivos adoptar las medidas que garanticen la conciliación de la vida laboral, familiar y personal y fomentar la corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares y domésticas entre mujeres y hombres.

sario esperar hasta la generación de nuestras nietas para contar con una sociedad igualitaria y corresponsable, lo que se antoja bastante descorazonador.

La conciliación de vida personal, profesional y familiar ha supuesto un gran reto social, para las administraciones y las empresas. El cambio experimentado en los roles tradicionales de mujeres y hombres y su respectiva incorporación a los espacios públicos, al mercado de trabajo y a los espacios privados de unas y otros respectivamente, ha supuesto todo un replanteamiento de las políticas públicas de cuidado y de organización del trabajo en las empresas que suponen un claro beneficio para todos.

Son ya numerosas las empresas que han adoptado, de forma inteligente a mi juicio, medidas para facilitar la conciliación de la vida personal y laboral de sus profesionales, a la vez que ofertan otro tipo de compensaciones sociales o de flexibilidad³¹. Ahora bien, que las empresas favorezcan la conciliación de sus plantillas, como contenido de los PI, requiere un abordaje de distintas materias desde la corresponsabilidad en el reparto de las obligaciones³² y esto es bastante complicado de entender, todavía.

Y es que el concepto de corresponsabilidad, que no es sinónimo del de conciliación, supone un paso más ya que requiere que mujeres y hombres se responsabilicen de las tareas domésticas, del cuidado y atención de hijas e hijos u otras personas dependientes y por tanto, implica superar la dicotomía público/privado, donde el espacio público está reservado para los hombres y el espacio privado/doméstico para las mujeres. Además, supone que tanto mujeres como hombres puedan dedicar su tiempo tanto al trabajo remunerado como al personal y doméstico y disponer de tiempo propio. Si, con la incorporación masiva de las mujeres al mercado de trabajo, unos y otras comparten las esferas productiva y reproductiva es indispensable implantar e impulsar medidas de conciliación que les permitan compatibilizarlas. Los PI han supuesto, en muchos casos, mejoras en la conciliación, pero no siempre han incorporado perspectivas de usos del tiempo y reparto equilibrado en las tareas de cuidado, con el peligro que ello entraña de profundizar el estereotipo de la mujer como cuidadora, si dichas medidas no van encaminadas a un nuevo modelo de ciudadanía y corresponsabilidad de los cuidados de las personas que lo requieran, además de las responsabilidades estatales necesarias para la construcción de una igualdad sustantiva. Por eso hay quienes apuntan que “lamentablemente el contenido de los Planes de Igualdad en materia de usos del tiempo y corresponsabilidad, mantienen

³¹ Es lo que llamamos “salario emocional”, un incentivo cada vez más valorado en la elección de un empleo y que se puede definir como la retribución no monetaria que ofrece la empresa al personal empleado. Entre los conceptos que incluye el salario emocional están las oportunidades de desarrollo, el bienestar psicológico y el balance de vida. Es decir, asegurar que el personal se encuentra en un entorno laboral seguro, con reconocimiento y oportunidades profesionales y que puede disfrutar de todas las facetas de la vida (trabajo, ocio, familia,...).

³² El art. 14.8 de la LOI establece que serán criterios generales de actuación de los Poderes Públicos “el establecimiento de medidas que aseguren la conciliación del trabajo y de la vida personal y familiar de las mujeres y los hombres, así como el fomento de la corresponsabilidad en las labores domésticas y en la atención a la familia”. Y, en este sentido, la corresponsabilidad o el reparto de responsabilidades no es una actitud de ayuda sino la distribución equilibrada en el sen del hogar familiar de las tareas domésticas, el cuidado de personas dependientes, los espacios de educación y trabajo, permitiendo a sus miembros el libre y pleno desarrollo de opciones e interés, contribuyendo a alcanzar la igualdad real y efectiva entre ambos sexos. Herramienta de apoyo nº 8 “Corresponsabilidad y planes de igualdad”, como recurso disponible en www.igualdad en la empresa.es/recursos/herramientas/docs/herramienta_Apoyo_8_corresponsabilidad_planes_igualdad.pdf

a la mujer como responsable y beneficiaria mayoritaria en éstos derechos, restringiendo su concepción a una conciliación de y para las mujeres, sin una reorganización de las estructuras de cuidado, tanto domésticas como institucionales³³.

En consecuencia, para evitar el efecto perverso que actualmente adquieren las medidas de conciliación sobre las condiciones del empleo de las mujeres (boomerang, entre otros³⁴), es del todo preciso que las medidas de conciliación se utilicen de forma corresponsable, es decir, deben emplearse por los hombres en la misma proporción que las mujeres. Y es que, se trata de medidas que pese a “formularse con un carácter neutro, la mujer es la que con mayor frecuencia ejerce el papel de cuidadora³⁵” y, mientras esto ocurra, no podremos hablar de corresponsabilidad y promoción de un verdadero cambio en la responsabilidad masculina y el modelo de organización social porque la conciliación segura siendo una cuestión de mujeres. Es urgente, por tanto, que los PI no se limiten a incluir permisos, reducciones, blindajes y otros que solo disfrutan las mujeres trabajadoras y que se dé un paso más allá en el sentido de racionalizar los tiempos de trabajo en un nuevo modelo organizacional en el que prevalezca la productividad y el cumplimiento de objetivos frente a la cultura del presentismo. De ahí que las organizaciones empresariales deban introducir cambios en su cultura empresarial orientados hacia una conciliación corresponsable, incidiendo en el acercamiento de las medidas existentes a los hombres y garantizando así el derecho a la conciliación de mujeres y hombres.

Las empresas corresponsables desarrollan medidas que amplían y mejoran la normativa de conciliación como medio para alcanzar la corresponsabilidad. La única regulación empresarial en pro de la corresponsabilidad no puede consistir en regular las ausencias de sus trabajadoras (suspensiones, reducciones, excedencias...), sino que, más allá, debe promover medidas de flexibilidad de entrada y/o salida, de jornadas intensivas coincidiendo con las vacaciones escolares, del establecimiento de bolsas de horas que permitan acumular horas de libre disposición, fórmulas de flexibilidad espacial como el trabajo a distancia o teletrabajo, de aproximación de servicios para el cuidado de personas dependientes o menores y, por supuesto, de fomento del uso de las medidas de conciliación por parte de sus trabajadores varones³⁶.

En definitiva, las medidas de conciliación y corresponsabilidad incluidas en los PI si bien están formuladas dentro del eje “ordenación del tiempo de trabajo y conciliación de

³³ GARRIDO JIMÉNEZ, LORENA: “Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en momentos de crisis”, <http://vlex.com/vid/planes-igualdad-empresas-momentos-crisis-339347262>, p. 406 de la versión electrónica.

³⁴ Por eso, es frecuente encontrar medidas incluidas en los planes de igualdad en materia de conciliación que son tan garantes para las mujeres que existe el riesgo que generen un efecto boomerang, dificultando su contratación por ser un colectivo que aparece como protegido o a propósito del cual se presume que asume –en exclusiva o de forma importante– las responsabilidades familiares.

³⁵ GUERRERO VIZUETE, ESTHER: “La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una década después de la Ley Orgánica 3/2017”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018, págs. 294-295.

³⁶ *Vid. in extenso*, un estudio de la colección EME que lleva por título “Buenas prácticas de conciliación y corresponsabilidad en las empresas con distintivo “Igualdad en la empresa” (Red DIE). Análisis sectorial y por tamaño de empresa, Subdirección General para la Igualdad en la Empresa y la Negociación Colectiva, Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en http://www.igualdadenlaempresa.es/recursos/monograficos/docs/BBPP_Conciliacion_Corresponsabilidad_Red_DIE.pdf

la vida laboral, familiar y personal”, afectan a otros ejes del plan de Igualdad, mostrando de manera fehaciente como un conjunto ordenado de medidas de conciliación y responsabilidad acertadas y eficaces incidirá y producirá efectos positivos en todos y cada uno de los ejes del plan. De ellas se dice que son “la columna vertebral del Plan de Igualdad³⁷” y, por ello, las empresas desarrollan un amplio abanico de medidas en esa materia, aunque no siempre en el sentido acertado.

b) El acoso sexual y por razón de sexo

Por lo que se refiere al acoso, es cierto que es la propia LOI la que genera el efecto descrito, en el sentido de ser una materia recurrente en los PI. Pero, estando bien que se aborde, estaría mejor que resultase extensible a otros tipos de acoso, por ejemplo³⁸.

Conviene comenzar por señalar que la LOI³⁹ define en su artículo 7 el acoso sexual y el acoso por razón de sexo a la vez que tacha tales conductas como discriminatorias:

1. Sin perjuicio de lo establecido en el Código Penal, a los efectos de esta Ley constituye acoso sexual cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo.
2. Constituye acoso por razón de sexo cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo

Pero es que el artículo 48 recoge expresamente que “las empresas deberán promover condiciones de trabajo que eviten el acoso sexual y el acoso por razón de sexo y arbitrar procedimientos específicos para su prevención y para dar cauce a las denuncias o reclamaciones que puedan formular quienes hayan sido objeto de este. Con esta finalidad se podrán establecer medidas que deberán negociarse con los representantes de los/as trabajadores/as, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas, la realización de campañas informativas o acciones de formación”.

³⁷ Herramienta de apoyo nº 8 “Corresponsabilidad y planes de igualdad”, como recurso disponible en www.igualdadnlaempresa.es/recursos/herramientas/docs/herramienta_Apoyo_8_corresponsabilidad_planes_igualdad.pdf, pp. 9-10.

³⁸ FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia”, *op. cit.*, p. 21.

³⁹ Que traspuso la Directiva 2006/ 54/CE, de 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres define, de un lado, el acoso sexual como la situación en la cual se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado, de índole sexual, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, especialmente, cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo. Y, de otro lado, esta Directiva define el acoso por razón de sexo como la situación en la que se produce, un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo.

Este artículo además añade en su apartado 3 que el acoso sexual y el acoso por razón de sexo se considerarán en todo caso discriminatorios y en su apartado 4 que el condicionamiento de un derecho o de una expectativa de derecho a la aceptación de una situación constitutiva de acoso sexual o de acoso por razón de sexo se considerará también acto de discriminación por razón de sexo

Es evidente que la forma más efectiva de evitar el acoso sexual y el acoso por razón de sexo es promoviendo unas relaciones respetuosas con todas y cada una de las personas con las que nos relacionamos por motivos profesionales. Y es que, una prevención eficaz, debe incidir tanto en las actitudes y comportamientos de las personas como en los métodos y estilos de gestión. La información, la sensibilización y la formación son también estrategias básicas para que todos asuman su responsabilidad, evitando aquellas acciones que puedan resultar ofensivas, discriminatorias o abusivas. Al mismo tiempo, es fundamental que todos sean conscientes de que, en el caso de que se produzcan, estos comportamientos no se tolerarán y que las personas que los padecen contarán, desde el primer momento, con todo el apoyo y el compromiso de la empresa, que actuará con contundencia y diligencia para resolver esta situación. Por eso, la definición, implementación y comunicación de la política empresarial a través de un protocolo es, desde esta perspectiva, un instrumento clave para prevenir estas situaciones y para garantizar efectivamente la tutela de los derechos fundamentales y la seguridad y la salud de trabajadores y trabajadoras.

Siendo cierto y verdad que los PI son, en este sentido, un instrumento muy valioso de prevención, sin embargo, varios aspectos preocupan: primero, la negación de estas situaciones, esto es, que haya sido, en general, relativamente fácil introducir este tipo de protocolos en los PI argumentando la inexistencia de casos de acoso sexual o por razón de sexo en la empresa; segundo, que la realidad muestre que, en un gran número de casos, haya reticencias para iniciar los procedimientos formales y que “se prefiere “resolver el problema” en procedimientos informales, sobre todo si los presuntos acosadores tienen cargos directivos y/o de responsabilidad en la empresa⁴⁰; y, tercero, que el empleador considere cumplida su obligación de contar con un plan de igualdad, implantando un protocolo frente al acoso (*ex art. 22 LOI*).

Respecto de los dos primeros aspectos señalados, esto es la negación de estas situaciones, resulta fundamental la formación y sensibilización en la materia dirigida a toda la plantilla, pero, especialmente, a las personas encargadas de ello en la empresa, así como que se contemple apoyo a la víctimas desde la empresa. Respecto del último de los aspectos apuntados, que el empleador considere cumplida su obligación de contar con un plan de igualdad, implantando un protocolo frente al acoso, conviene enfatizar en el hecho de que se trata de dos obligaciones legales distintas a las que se les puede dar cumplimiento en el mismo plan, obviamente, pero que cumplir solo con lo segundo no supone haber

⁴⁰ BODELÓN GONZÁLEZ, ENCARNA (DIR.): *El impacto de los planes de igualdad en las empresas*, Universidad Autónoma de Barcelona, Grupo de Investigación Antígona de la UAB, NIPO:685-14-031-6, Exp. 4/09, pp. 60 y ss., disponible en http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2014/docs/El_impacto_planes_Igualdad_empresas.pdf, p. 140.

cumplido con lo primero. Lo contrario es, como se ha dicho gráficamente, confundir “el todo con la parte⁴¹”.

c) Las víctimas de la violencia de género

En cuanto a la situación de las trabajadoras víctimas de violencia de género, ocurre algo similar a lo expuesto con ocasión del acoso. Y es que vuelve a ser este un tema reiteradamente abordado en los PI y lo cierto es que sorprende.

Y es que si bien se valora positivamente la introducción en los PI de medidas para las víctimas de esta violencia en la línea predeterminada por la Ley Orgánica 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁴² (en adelante, LO 1/2004), no obstante, no se va más allá. Y es que en la mayoría de las ocasiones se recogen solo las medidas que reconoce el Cap. II LO 1/2004 –reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo, cambio de centro o movilidad geográfica, suspensión del contrato, básicamente–, sin grandes avances.

Esto no es *per se* negativo, del mismo modo y manera que no lo es que se negocie el protocolo frente al acoso en el PI. El problema se plantea “cuando el plan de igualdad contiene medidas poco concretas en el resto de temas (acceso, promoción, clasificación, retribución) por los que pasa “casi de puntillas”, y sólo se centra en conciliación, protocolos frente al acoso y medidas para proteger a las víctimas de violencia de género⁴³”. Que este sea uno de los contenidos recurrentes de los PI sorprende, como sorprenden las cifras de violencia de género en nuestro país⁴⁴, claro está. Pero de ahí a pensar que se trata de una problemática a tratar de forma preferente en todos los PI, va un trecho.

Partiendo de la premisa de que el trabajo es un pilar fundamental en la vida de las personas para su desarrollo personal y social, las mujeres trabajadoras víctimas de este tipo de violencia machista ven peligrar, precisamente por ser víctimas, sus puestos de trabajo por las necesidades especiales que su delicada situación conlleva. Así, la empresa, “(...) no puede considerarse un espacio completamente cerrado a las consecuencias de vi-

⁴¹ FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia”, *op. cit.*, p. 21.

⁴² La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, Ley 1/2004), en la que se establecieron, de forma pionera, medidas de protección integral con la finalidad de prevenir, sancionar y erradicar este tipo de violencia y prestar asistencia a sus víctimas. Esta Ley parte de la existencia de un modelo de relación entre hombres y mujeres forjado sobre un sistema patriarcal que ha de dar paso a otro paradigma de identidad y relación entre ambos sexos más adecuado a nuestro sistema democrático, pretende dar una respuesta global a la violencia de género que se ejerce sobre las mujeres. Es por ello por lo que se presenta como “(...) una norma omnicomprensiva de todos los ámbitos en los que puede incidir dicha violencia. Por ello abarca aspectos muy dispares, como son los preventivos, educativos, sociales, asistenciales y de atención posterior a la víctimas (...)”, en SEGOVIANO ASTABURUAGA, M^a LUISA: “Incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el ámbito laboral”, *Información Laboral, Legislación y Convenios Colectivos*, nº 14, 2005, p. LN-4.

⁴³ FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia”, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁴ 12 en lo que va de año y solo llevamos dos meses y 55 en 2019. Mas detalles en <http://inmujer.gob.es/MujerCifras/Violencia/VictimasMortalesVG.html>

cisitudes que influyen tan profundamente en la vida de sus trabajadores como la violencia de género (...) ⁴⁵". A nadie escapa que los problemas derivados de padecer este tipo de violencia afectan, normalmente, al rendimiento de las trabajadoras de tal modo que requieren de una protección distinta de la que ofrecen las leyes laborales a las trabajadoras que no son víctimas de la violencia de género, sin que, por otro lado, ello suponga una carga excesiva para los empresarios. Pero es que, además, si a ello se une que el trabajo es un instrumento fundamental para la emancipación económica de la mujer y medio principal para aumentar su autonomía personal y social, resulta que la respuesta que se dé por parte de los poderes públicos en este sentido va a resultar crucial para romper el "círculo de sujeción" ⁴⁶ de la mujer al hombre que se halla en el fondo de este problema social. Se trata, en definitiva, de neutralizar esa "fuerza centrípeta" que atrae fatalmente a la mujer que la sufre al ámbito de dominación masculina, revirtiendo la "espiral desprofesionalizadora" de la violencia a través de todas las medidas posibles⁴⁷. Y, en este sentido, la intervención legislativa era del todo necesaria. La Ley 1/2004, que realizó un muy notable esfuerzo de regulación en este sentido, establece entre sus principios rectores (art. 2) la garantía de los derechos en el ámbito laboral para, así, conciliar los requerimientos de la relación laboral con las circunstancias de aquellas trabajadoras que sufran violencia de género, así como sus derechos económicos con el fin de facilitar su integración social⁴⁸. Como orientación general, la citada ley vino a apuntar dos líneas de actuación relacionadas con lo que desde entonces se rubrica con la denominación de "derechos sociolaborales" de las víctimas de este tipo de violencia⁴⁹.

Lo que ocurre, y es lo que dificulta la efectividad de los PI que, en esta materia, si bien la LOI ha recogido el testigo de su predecesora la Ley 1/2004, lo que no estaba en su impronta es que PI entero contenga medidas tan etéreas y volubles, meras declaraciones de principios o generalidades en lo verdaderamente necesario para alcanzar la igualdad real entre unas y otros en materias tan importantes como el acceso, la clasificación, la retribución, la promoción o la formación; y, sin embargo, en las cuestiones referidas al acoso o la violencia, marginales *per se*, se ahonde y profundice hasta límites insospechados. Para muestra un botón: son minoría los PI que establecen mejoras, menos aun los que establecen ayudas económicas concretas (préstamos, anticipos, etc.) y casi ninguno establece medios de prueba diferentes a la orden de protección y/o sentencia –cuando diversas leyes autonómicas contra la violencia de género así lo han previsto–.

⁴⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a FERNANDA: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bomarzo, 2005, p. 9.

⁴⁶ *Ídem*, p. 10.

⁴⁷ Ambas expresiones en CABEZA PEREIRO, JAIME: "El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo", en VVAA: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012, p. 97. Para el mismo autor, "(...) la violencia de género ha sido una pulsión de las sociedades tradicionales basada en la supremacía del varón, de acuerdo con los patrones socioculturales y socioeconómicos de comportamiento predominantes (...), p. 89.

⁴⁸ Más detalles sobre los derechos sociolaborales de las víctimas de violencia de género impulsados por la Ley Orgánica 1/2004 y, más concretamente, por la suspensión del contrato de la trabajadora víctima de este tipo de violencia en GRAU PINEDA, CARMEN: "Derechos sociolaborales de las víctimas de violencia de género: estudio concreto de la suspensión del contrato de trabajo", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, vol. 1, nº 2, 2013.

⁴⁹ QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ: "Violencia de género y derechos sociolaborales: La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género", *Temas Laborales*, nº 80, 2005, p. 31.

Sin intención de ser reiterativas, repárese en la importancia que tiene en estos temas tan socialmente sensibles el diagnóstico, herramienta fundamental para detectar situaciones de violencia de género tanto dentro como fuera de la empresa y articular medidas preventivas y/o reparadoras en pos de la consecución del objetivo perseguido: la igualdad en la empresa.

3. Breve epílogo

Que los PI pueden hacer mucho más de lo que han hecho por el momento se antoja una afirmación ingenua por obvia. Y es que siendo cierto y verdad que debe valorarse muy positivamente tanto que la LOI marque un punto de inflexión en esta materia como que la elaboración e implementación de estos planes tenga lugar en el marco de la negociación colectiva y no en otro; también lo es que el recurso a la criticable técnica del “corta y pega” –como ya se denunciara con ocasión de los planes de prevención de riesgos laborales– está poniendo en evidencia la frecuencia con la que se negocian PI ineficaces *ab initio* y cuyo único objetivo es el de cumplir con una obligación legal meramente documental.

Con carácter general, nadie cuestiona el poder de la negociación colectiva como instrumento idóneo para erradicar la discriminación en el mercado laboral y, en concreto, para prevenir las situaciones de desigualdad en las empresas y actuar frente a las mismas. Pero que, como se ha manifestado acertadamente⁵⁰, los negociadores desaprovechen ese mandato para incorporar cláusulas meramente declarativas o enunciativas del principio jurídico de igualdad y no discriminación merece, como mínimo, un reproche jurídico y, como máximo, las sanciones oportunas.

Tampoco nos parece acertado, continuar situando el epicentro de la igualdad en el desarrollo de la regulación estatutaria de las ausencias o en la equiparación de la conciliación con la gestión y ordenación del tiempo de trabajo de las trabajadoras. Ha pasado ya un tiempo prudencial –más de una década– para que el relevamiento de las exigencias se entienda como fruto de la “evolución natural de las cosas”. No podemos permanecer por más tiempo en esta situación de conformismo con lo ya logrado y es urgente seguir avanzando, paso a paso, pero hacia delante. El contenido de los textos convencionales es aún insuficiente y no se aprovechan las constantes llamadas de la normativa legal a la autonomía colectiva. Hay avances, eso hay que reconocerlo, pero lo cierto es que los resultados –cuantitativa y/o cualitativamente hablando– no son todo lo positivos que se podría desear cuando se aborda la lectura y análisis de textos convencionales y PI.

Y, en este sentido, la reforma operada por el RDL 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación ha venido a introducir importantes novedades en el régimen jurídico de los PI tratando de corregir las disfunciones que se habían ido poniendo de

⁵⁰ MENÉNDEZ CALVO, REMEDIOS: “Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas”, *op cit.*, p. 174.

manifiesto a lo largo de estos 13 años ya de vigencia de la LOI. Sin embargo, en nuestra opinión, ha errado el tiro al centrar el objetivo en extender subjetivamente la obligación legal de contar con un PI, transitando de un modelo en el que solo estaban obligadas las empresas con más de 250 trabajadores a otro en lo que lo estén, progresivamente, las de más de 50⁵¹. Reconocemos que se trata de un intento, loable pero ingenuo, máxime cuando la realidad del tejido empresarial en España –según datos del DICE (INE)⁵²– es que en 2018, solo un 0.17% de empresas, sobre el total de las activas, contaba con 200 o más trabajadores. El grueso de empresas a las que imponer esta obligación legal está en las PYMES que representan casi el 99% de nuestro tejido empresarial. Seguir pensando que este tipo de obligación legal es imponer una carga muy pesada de soportar para las empresas es perpetuar la idea de que el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación es una carga y, lejos de normalizar/interiorizar contenidos referidos a la promoción de la igualdad como contenidos negociales, supone perseverar en la línea de considerarlos un “lujo” solo posible en épocas económicas de expansión.

Es del todo preciso que esta obligación legal se extienda a todas las empresas y que, como ya se ha apuntado acertadamente, se acepte la “propuesta de *lege ferenda* (...) de que se debería reformar el régimen jurídico regulador de los Planes de Igualdad con la finalidad de que estos fueran preceptivos para todas la empresa de nuestra país⁵³”. Ciertamente es que ello exigirá coetáneamente de “un mayor apoyo técnico y promocional de la legislación y del poder público para favorecer su efectiva implantación negociada en las Pymes⁵⁴”, pero es la única forma –a nuestro entender– de generalizar tanto en la forma como en el fondo esta obligación legal cuyo propósito último es el de avanzar en la igualdad real en las empresas. Pero también lo es que pueda llevarse a cabo una evaluación de los PI que se están aprobando en las empresas en pos del objetivo a cumplir y que sea posible alcanzar conclusiones al respecto que ayuden a seguir en el camino de la igualdad y para ello es fundamental paliar los problemas que en aspectos como el registro, control y seguimiento se constatan.

Por último, no me gustaría concluir sin señalar que una de las principales dificultades para la implantación y desarrollo de los PI es la falta de implicación de la dirección de la empresa y aquí es donde más queda por hacer. La implicación de la dirección de la empresa en la implantación y/o desarrollo de un PI es esencial y, como demuestran los estudios empíricos al respecto, cuando la dirección de la empresa apuesta claramente por conseguir la igualdad efectiva a través de un PI, lo impulsa y cree en él, el proceso tiene más posibilidades de ser satisfactorio que en el caso contrario⁵⁵. Concretamente, “se critica que la dirección de las empresas conciban los planes de igualdad como un asunto que deba ser responsabilidad del departamento de recursos humanos y no de los valores y/u objetivos de la empresa, lo cual significa que realmente como empresa no se apuesta por

⁵¹ Se prevé que, de forma gradual, vaya ampliándose tal obligación a las empresas de más de 150 en marzo de 2020, de más de 100 en marzo de 2021 y de más de 50 en marzo de 2022.

⁵² <https://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=299>

⁵³ MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS Y GUINDO MORALES, SARA: “Planes de igualdad”, *op. cit.*, p. 579.

⁵⁴ *Ídem*.

⁵⁵ BODELÓN GONZÁLEZ, ENCARNA (DIR.): *El impacto de los planes de igualdad en las empresas*, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

conseguir la igualdad dentro de la organización, sino que solamente se cumple con una obligación por ley⁵⁶. Y, en este sentido, la formación en igualdad tanto de la dirección de la empresa como de la plantilla adquiere un papel crucial como instrumento en pos de la sensibilización entorno a la igualdad como derecho fundamental de un Estado de Derecho como el nuestro. Pero ese ya es otro tema...

Bibliografía

- ALFONSO MELLADO, CARLOS LUIS (coord.): *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación colectiva en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, Cinca, 2013.
- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA Y NIETO ROJAS, PATRICIA: “El impulso a los planes de igualdad en el RD Ley 6/2019”, en DE LA PUEBLA PINILLA, ANA (Dir.): *Tiempo de reformas*, Tirant lo Blanch, 2019.
- BODELÓN GONZÁLEZ, ENCARNA (DIR.): *El impacto de los planes de igualdad en las empresas*, Universidad Autónoma de Barcelona, Grupo de Investigación Antígona de la UAB, NIPO:685-14-031-6, Exp. 4/09, pp. 60 y ss., disponible en http://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/estudios/estudioslinea2014/docs/El_impacto_planes_Igualdad_empresas.pdf
- Boletín Igualdad en la Empresa: “Los planes de igualdad. Diagnóstico”, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, nº 35, julio 2016.
- Boletín Igualdad en la Empresa: “Los planes de igualdad. Diseño, implantación, seguimiento y evaluación”, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, nº 36, agosto 2016.
- CABEZA PEREIRO, JAIME: “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo”, en VVAA: *Violencia de género y Derecho del Trabajo*, La Ley, 2012.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: “Los riesgos en la negociación colectiva e implantación de los planes de igualdad”, en www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/1/pub62484.pdf.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: “Planes de igualdad”, en VVAA: *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, CINCA ediciones y CCOO, 2013.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia”, en el Boletín Igualdad en la Empresa: “Negociación colectiva y registro de planes de igualdad”, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, nº 48, septiembre 2018.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: *La obligatoriedad del Plan de Igualdad tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*, Bomarzo, 2019.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: “La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial”, Revista de Derecho Social, nº 86, 2019.

⁵⁶ *Ídem*, p. 61.

- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a FERNANDA: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Bo-
marzo, 2005, p. 9.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, ALICIA Y BASTERRA HERNÁNDEZ, MIGUEL: "Princi-
pales actuaciones en materia de no discriminación por razón de sexo en las em-
presas con el distintivo "igualdad en la empresa". Puntos críticos y propuestas de
mejora", Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del
Empleo, Vol. 7, nº 3, 2019.
- GARRIDO JIMÉNEZ, LORENA: "Los planes de igualdad en las empresas y su desarrollo en
momentos de crisis", <http://vlex.com/vid/planes-igualdad-empresas-momentos-crisis-339347262>
- GRAU PINEDA, CARMEN: "Derechos sociolaborales de las víctimas de violencia de género:
estudio concreto de la suspensión del contrato de trabajo", Revista Internacional y
Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo, vol. 1, nº 2, 2013.
- GRAU PINEDA, CARMEN: "Los planes de igualdad como ¿nueva? técnica para la consecu-
ción de la igualdad en las empresas", en VVAA: *Estado de Derecho y discriminación
por razón de género, orientación e identidad sexual*, Thomson Reuters Aranzadi y
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, 2014.
- GUERRERO VIZUETE, ESTHER: "La conciliación entre vida laboral, personal y familiar una
década después de la Ley Orgánica 3/2017", *Revista General de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018.
- Herramienta de apoyo nº 8 "Corresponsabilidad y planes de igualdad", como recurso
disponible en www.igualdadenlaempresa.es/recursos/herramientas/docs/herramienta_Apoyo_8_corresponsabilidad_planes_igualdad.pdf.
- LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR: *El principio de igualdad de género en el derecho social del
trabajo*, Laborum, 2017.
- MAZA CASO, ESTER: "Planes de igualdad en tiempos de crisis: consideraciones prácticas",
AEDIPE: Revista de la Asociación Española de Dirección de Personal, nº 11, 2012, p. 44.
- MENÉNDEZ CALVO, REMEDIOS: "Impacto laboral de la implementación de planes y políti-
cas de igualdad en las empresas", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Alcalá*, IV, 2011.
- MONERO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA: "Planes de igualdad", en SÁN-
CHEZ TRIGUEROS, CARMEN (Dir.): Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la
Ley de igualdad entre mujeres y hombres, BOE, 2018.
- MONERO PÉREZ, JOSÉ LUIS y LÓPEZ INSUA, BELÉN DEL MAR: "EL principio de igualdad
y no discriminación por razón de género en los convenios colectivos", en RODRÍGUEZ
ESCANCIANO, SUSANA y MARTÍNEZ BARROSO, M^a DE LOS REYES (Dir.): Propuestas
para la igualdad de género en los procesos de negociación colectiva, Aranzadi, 2016.
- NIETO ROJAS, PATRICIA: "Los planes de igualdad entre la Ley y la negociación colectiva:
un dialogo insuficiente", Revista de Información Laboral, nº 10, 2015.
- NIETO ROJAS, PATRICIA: "Distintivos en materia de igualdad: ¿Mercadotecnia o responsa-
bilidad social empresarial?", revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguri-
dad Social, vol. 45, 2017.

NIETO ROJAS, PATRICIA: "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical", *Femeris*, vol. 4, nº 2.

QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ: "Violencia de género y derechos sociolaborales: La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de Género", *Temas Laborales*, nº 80, 2005.

QUINTANILLA NAVARRO, BEATRIZ: "Evaluación y seguimiento de los planes de igualdad", VVAA: *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2015.

ROMERO RÓDENAS, Mª. JOSE: *Planes de igualdad*, Bomarzo, 2018.

SEGOVIANO ASTABURUAGA, Mª LUISA: "Incidencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, en el ámbito laboral", *Información Laboral, Legislación y Convenios Colectivos*, nº 14, 2005.

Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido

Some keys to understand the current legal configuration of equality plans: scope and content

CARLOS L. ALFONSO MELLADO*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Valencia*

ORCID: 0000-0001-6096-0212

Recibido: 09/03/2020

Aceptado: 30/03/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5383>

Resumen. El presente trabajo analiza el alcance, significado y contenido de los planes de igualdad. Se analiza la igualdad como valor esencial en un Estado Social y la evolución en la protección jurídica de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del trabajo. Posteriormente se analiza el significado de los planes de igualdad como elemento integral para la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el ámbito laboral. Seguidamente se estudian algunas características esenciales de los planes de igualdad, especialmente tras los últimos cambios normativos como la expansión de su ámbito de aplicación a más empresas, la importancia del diagnóstico como elemento esencial para delimitar las medidas a incorporar en el plan de igualdad, el carácter negociado del plan y su dinamismo que lleva a su temporalidad y a la necesidad de seguimiento a través de indicadores y, en su caso, del correspondiente replanteamiento de las medidas integradas en el plan en atención a la evolución de la situación de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la empresa.

Palabras clave: igualdad de género, mujer, discriminación laboral, discriminación por razón de género, legislación antidiscriminatoria.

Abstract. This paper analyses the scope, meaning and content of equality plans. It analyses equality as an essential value in a social state and the developments in the legal protection of equality between women and men in the field of work. The meaning of equality plans is then analyzed as an integral element for achieving effective equality between women and men in the workplace. Some key features of equality plans are then explored, especially after the latest regulatory changes such as the expansion of their scope to more companies, the importance of diagnosis as an essential element in delimiting the measures to be incorporated into the equality plan, the negotiated nature of the plan and its dynamism that leads to its temporality and the need to follow-up through indicators and, where appropriate, the corresponding rethinking of the measures integrated into the plan taking into account the evolving situation of effective equality between women and men in the company.

Keywords: gender equality, women, labor discrimination, gender discrimination, non-discriminatory legislation.

* alfonsoc@uv.es

Introducción

Para un hombre valenciano es, sin duda, un reto reflexionar sobre los planes de igualdad, especialmente si el encargo procede de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTSS), y ello por múltiples razones.

En primer lugar porque en el marco de la AEDTSS existen numerosas mujeres que han trabajado y muy bien los temas relativos a la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, sin duda mucho mejor de lo que lo podría hacer yo y a algunas haré referencia posteriormente; también otros hombres miembros de la AEDTSS lo han hecho con trabajos que son referencia imprescindible como el profesor Cabeza Pereiro o el magistrado Lousada Arochena.

Pero, en segundo lugar y muy especialmente, por mi condición de valenciano que me hace compartir ámbito con personas que son referentes absolutos en la materia como, en el ámbito laboral, las profesoras Ballester Pastor y Fabregat Monfort, especialmente esta última en materia de planes de igualdad con obras que son referencia imprescindible como también sobre medidas de acción positiva en el ámbito laboral; o, en el ámbito del fundamento constitucional de la igualdad, con profesoras como Sevilla Merino o Ventura Franch; o, incluso en terrenos distintos del jurídico, desde el feminismo filosófico – sin entrar en el debate acerca de si debe identificarse así o como filosofía feminista – como la profesora Amorós Puente, que ha evidenciado en numerosas reflexiones las profundas raíces que sustentan la sociedad patriarcal y que hacen que se perpetúe, incluso estableciendo sujetos colectivos que, de algún modo, marginan a la mujer y reproducen esquemas sociales de desigualdad.

Y eso por citar solo algunos ejemplos.

Puede entenderse, pues, el reto que supone hablar de igualdad, siendo un hombre valenciano, cuando además las mujeres que reflexionan sobre la materia no sólo lo hacen muy bien, sino que también viven diariamente las situaciones de desigualdad, percibiéndolas incluso en matices o situaciones que se nos escapan a los hombres, precisamente por los complejos engranajes de la sociedad patriarcal que no siempre aparecen con claridad para quien no padece directamente sus consecuencias.

Pese a lo anterior la materia no me es ajena, la he tratado en anteriores ocasiones, especialmente en relación con dos aspectos: la igualdad en el empleo público y la brecha salarial.

Es más, creo que la materia debe ser de tratamiento imprescindible, también por los hombres; la igualdad no es cosa de mujeres, sino algo que nos afecta a todos; no me puedo sentir libre si la persona que está a mi lado no tiene garantizada la igualdad que es elemento esencial de la libertad.

En la construcción de una sociedad más democrática, más sostenible, más solidaria, en definitiva más justa, el papel de las mujeres es esencial y por ello garantizar su igualdad en todos los ámbitos es una pieza fundamental, posiblemente la base más importante para ese avance hacia sociedades mejores. Sin duda a ello ha de contribuir primordialmente la lucha del feminismo y de muchas mujeres; los hombres, sin protagonismo ni protección

nismo patriarcal, lo que hemos de hacer es apoyar en cuanto podamos esa lucha y a ello pretenden contribuir estas modestas reflexiones en un ámbito tan concreto como el de los planes de igualdad pero, a la vez, tan esencial en la empresa como se verá.

1. Cuestiones previas sobre la igualdad entre mujeres y hombres

Tras las anteriores reflexiones, más sociales que jurídicas aunque imprescindibles para situar correctamente el análisis jurídico, creo necesaria también una reflexión general, aunque breve, sobre el valor de la igualdad que permita entender el significado de los planes de igualdad y su encaje en el ordenamiento laboral. Esa reflexión pasa por dos elementos: situar el valor igualdad como elemento esencial del Estado Social y analizar la evolución de la protección jurídico-laboral de la igualdad entre mujeres y hombres, que ha llevado a la necesidad de los planes de igualdad e incluso a las reformas que han precisado su régimen jurídico.

1.1. La igualdad y su importancia en el Estado Social

Cualquier análisis en la materia debe partir del art. 1.1. de la Constitución española (CE) que proclama que nuestra sociedad se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La igualdad se constituye así, desde el principio, en un valor esencial del Estado Social, pero no cualquier tipo de igualdad, sino la igualdad real y efectiva como evidencia el mandato dirigido en tal sentido a los poderes públicos (art. 9.2 CE).

Por ello, la igualdad a la que se refiere el art. 14 CE es más amplia que la interdicción de la discriminación que menciona posteriormente el precepto, especialmente si se tiene en cuenta la perpetuación en el tiempo de desigualdades sociales y las profundas raíces de la sociedad patriarcal que no se combaten solamente impidiendo la discriminación hacia el futuro o las actuaciones de presente, sino que exigen actuaciones integrales, promocionales y/o equilibradoras que garanticen la igualdad de oportunidades real y efectiva entre todas las personas que componen la sociedad.

Como se ha podido exponer, en el Estado Social, el valor de la igualdad se convierte en un valor superior del ordenamiento jurídico y en un principio informador de todo él, que requiere no sólo la prohibición de la discriminación directa o indirecta, sino también la existencia de unas medidas promocionales de la igualdad, que pueden consistir en medidas de acción positiva, medidas tendentes a garantizar la igualdad de oportunidades y medidas en orden a la participación equilibrada (Lousada, 2011, pp. 25-27), y posiblemente en un conjunto de todas ellas.

Es preciso, pues, una actuación integral, seria, promocional y que compense las desigualdades históricas porque solo así se conseguirá el objetivo real del Estado Social que

es la igualdad real, y para las mujeres la libertad entendida como ausencia de dominación. De no actuarse así, el Estado Social habrá fracasado y solo garantizara una igualdad formal, pero no real, y una libertad entendida meramente como ausencia de interferencia (Esquembre, 2018, p. 109), pero que no llegará a cuestionar los fundamentos reales de los esquemas patriarcales.

Como se ha expuesto igualmente (Casas, 2019, especialmente pp. 14-18), eso supone, sin duda una perspectiva de género, que supere la mera de igualdad por razón de sexo y que entienda que no es un hecho biológico el que esencialmente discrimina la mujer, sino las construcciones culturales, ideológicas en suma, que sustentan la sociedad patriarcal

La actuación de los poderes públicos promoviendo la igualdad real es, pues, no solo una posibilidad sino realmente una obligación constitucional, solventando así la situación de desventaja en la que en muchos casos se encuentra la mujer como consecuencia de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y que, por tanto, son muy complejos de eliminar, como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 128/1987, de 16 de julio.

La actuación integral que garantice la igualdad real entre mujeres y hombres es esencial, pues, en la propia configuración del Estado Social y conduce a una conclusión muy clara; no puede considerarse una sociedad libre e igualitaria cuando la mayoría de las personas que la componen (las mujeres) no goza de igualdad real de oportunidades y, por tanto, no está en las mismas condiciones para usar su libertad. Nadie puede sentirse libre e igual en una sociedad en la que la mayoría de quienes la componen no lo son en toda su plenitud y al respecto los retos son aún muy grandes (un buen análisis interdisciplinar sobre estos retos en Selma (dir.), 2019).

En esa dimensión igualitaria de la sociedad es evidente que pese a los años transcurridos desde la aprobación de la CE, la igualdad real no se había conseguido y a eso respondió la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), como norma integral que pretendía dar respuesta a la insuficiencia de las medidas adoptadas hasta ese momento en la materia, sin duda provocada también esa insuficiencia por las reticencias jurídicas hacia la perspectiva de género y hacia las medidas de acción positiva (Casas, 2019, pp. 35-44).

En ese sentido se ha llegado a calificar a la LOIEMH como una auténtica norma de desarrollo constitucional que venía a intentar solventar el reiterado incumplimiento de la obligación constitucional de garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres (García y Ventura, 2018, p. 53) y a resaltar su papel como norma que reforzaba claramente la posibilidad de las medidas de acción positiva en el ámbito laboral para completar la insuficiente tutela contra las discriminaciones (Fabregat, 2009, pp. 9 a 27), favoreciendo igualmente la perspectiva de género en materia de igualdad.

Lógicamente, la LOIEMH prestaba especial atención al ámbito laboral por dos razones muy claras: la importancia que en la vida de cualquier persona tiene el trabajo como medio de integración social y como parte muy importante de su tiempo vital; y como segunda razón, por la evidencia de que, pese a toda la regulación laboral al respecto y pese a que ciertamente se han conseguido avances en la materia, el trabajo sigue siendo un

ámbito en el que la igualdad real no está garantizada. lo que me lleva al segundo plano de consideraciones previas, esto es a la evolución de la regulación jurídica laboral que ha llevado a la institución de los planes de igualdad.

1.2. El progresivo avance de la protección de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral

El camino hacia la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral puede decirse que se inició normativamente con el retorno del Estado español al sistema democrático; en la dictadura surgida con posterioridad al alzamiento franquista la mujer ocupaba un papel secundario, no solo en el ámbito laboral, sino en la propia legislación civil, política y aún penal y, por supuesto en la vida social; su papel esencial en la sociedad era el dedicarse a las tareas reproductivas e incluso se incentivaba el abandono del trabajo una vez casada, para dedicarse al cuidado familiar con instituciones como la dote (indemnización por la extinción voluntaria del contrato de trabajo por parte de la mujer que se casaba –por supuesto con un hombre pues esa era la única pareja admitida–).

El impacto sobre esa legislación franquista de la aprobación de la Constitución y de la prohibición de la discriminación por razón de sexo introducida en el artículo 14 CE fue evidente.

Lo que ocurre es que inicialmente las medidas en torno a la discriminación fueron muy modestas y se centraron en una primera etapa en torno a las discriminaciones directas (Fabregat 2018-1, p. 753), incluso con tratamientos absolutamente insuficientes, aunque superadores de algunas aberraciones jurídicas como las normas que obligaban a la mujer a cesar en el trabajo al casarse (STC 7/1983, de 14 de febrero, seguida por otras muchas); así, por ejemplo, las numerosas sentencias en diversos tribunales sobre la dote (indemnización por cese –incluso voluntario– como consecuencia de contraer matrimonio, reconocida solo a la mujer), considerada inconstitucional pero sin que esa declaración fuese acompañada, por supuesto, de medidas que permitiesen a la mujer no abandonar el trabajo para dedicarse a tareas reproductivas y aún menos de medidas que incentivases la corresponsabilidad; la consecuencia fue evidente, las mujeres en porcentajes amplios seguían abandonando el trabajo cuando se casaban pero sin compensación alguna por ello; no se incentivaba el abandono e incluso cuando alguna norma obligaba a él se declaraba esta como contraria a la CE, pero tampoco se evitaba a través de acciones sociales y medidas legales necesarias; por desgracia aún hoy ciertos empresarios siguen considerando molestas a las mujeres una vez han establecido relaciones de pareja y sobre todo cuando tienen hijos.

Es más, la interpretación acerca del doble mandato del artículo 14 que obligaba a los sujetos privados solamente a no discriminar pero poco más, dejaba sin atender la realidad histórica de muchos años de discriminación previa y mantenía los roles sociales sin alteración.

Es verdad que la tutela antidiscriminatoria se perfeccionaría sobre todo por influjo de la normativa y doctrina europea, extendiéndose también a las discriminaciones indirectas,

especialmente a partir de la STC 145/1991, de 1 de julio, que, analizando un convenio que diferenciaba entre las retribuciones de los peones y las de los limpiadores –inferiores–, establecerá, introduciendo en el ámbito laboral el concepto de discriminación indirecta, que: *"Ello permite ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación, para incluir no sólo la noción de discriminación directa, o sea, un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa, sino también la noción de discriminación indirecta, que incluye los tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno y de otro sexo a causa de la diferencia de sexo"*.

La recepción en nuestro derecho de la discriminación indirecta permitía así abordar discriminaciones grupales (Fabregat 2018-1, p. 753), pero en todo caso esa tutela anti-discriminatoria era insuficiente por varias razones, pero esencialmente porque era una tutela reactiva; como tal, reaccionaba frente a actos concretos, en relación con colectivos determinados o personas concretas, y lo hacía a posteriori, siempre tras haberse producido el acto discriminatorio.

La discriminación social quedaba así desprotegida y la necesaria tutela proactiva, necesaria, por un lado, para evitar a priori los actos discriminatorios y por otro, para garantizar la igualdad de oportunidades real entre mujeres y hombres, no se abordada y desde luego si algo se hacía era generalmente de modo aislado.

Es cierto que desde el primer Estatuto de los Trabajadores (ET) empezaron a aparecer preceptos que pretendían recordar la prohibición de discriminación en el ámbito laboral, preceptos que además resaltaban la necesaria igualdad en aspectos concretos y que se fueron perfeccionando; en la actualidad el ET está lleno de preceptos legales que así lo establecen en aspectos determinados, concretando la prohibición general de discriminación laboral contenida en los artículos 4.2.c) y 17 ET; así, por ejemplo, preceptos que reiteran la obligación de no discriminación en materias concretas podemos encontrar entre otros, en los artículos siguientes: el art. 22 ET en relación a la clasificación profesional; en relación a los ascensos el art. 24 ET; al respecto de la retribución (misma retribución ante trabajos de igual valor y registro salarial, arts. 9.3 y 28 ET); en relación con los despidos, declarando la nulidad en caso de incurrir en discriminación (arts. 53 y 55), etc.

Pero la tutela proactiva concretada por ejemplos en medidas como las de acción positiva tendentes a garantizar la igualdad de oportunidades, la igualdad material, combatiendo incluso discriminaciones sociales de profunda raigambre histórica se abrió paso muy lentamente en nuestra realidad e incluso en el ámbito internacional, como se analiza doctrinalmente (al respecto el magnífico estudio de Casas, 2019, pp. 13-54).

Incluso en sus primeros momentos, cuando se admitió por el TC se hizo, precisamente, para legalizar medidas de conciliación destinadas exclusivamente a la mujer (STC 128/1987, de 16 de julio que contemplaba un complemento salarial destinada a compensar a las mujeres por el uso de guarderías)

Esto, que en aquel momento era perfectamente comprensible y respondía a una realidad social, debió ir acompañada de medidas en orden a la corresponsabilidad porque de lo contrario se continuaba fomentando y perpetuando el rol social de la mujer como principal persona destinada a las tareas reproductivas. De hecho el TC reconocía en dicha sentencia la realidad social de que las mujeres tenían mayores problemas en el empleo laboral, incluso en el acceso al mismo y en su mantenimiento, por la tradición histórica que las relegaba a tareas de cuidado familiar, recordando que el artículo 14 CE pero sobre todo el 9.2 CE obligan a los poderes públicos a remover esos obstáculos sociales, llamamiento al que ciertamente nuestro legislador ha tardado en responder.

Afortunadamente, hoy, la perspectiva limitada de las medidas de acción positiva se ha superado y, por ejemplo, el artículo 17.4 ET las legaliza plenamente y en muchos ámbitos estableciendo que: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores, la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate. Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso al grupo profesional o puesto de trabajo de que se trate."*

Pero lo cierto es que hasta llegar a este artículo 17.4 ET y confiando en que se vaya concretando, el camino ha sido largo y en ese trayecto se sitúan la LOIEMH –en general– y los planes de Igualdad –en concreto en el ámbito laboral–.

En efecto, pese a los avances en la tutela antidiscriminatoria, pese a la admisión de medidas de acción positiva tendentes a garantizar la igualdad material, y pese a la numerosa cantidad de preceptos laborales que intentan garantizar la igualdad, lo cierto es que esta seguía sin existir; son evidentes las estadísticas que a la altura de 2007 –y aún hoy– demostraban que las tasas de actividad de la mujer eran inferiores a las de los hombres, que sus tasas de contratación temporal y a tiempo parcial eran por el contrario más elevadas que las de los hombres, que seguía existiendo una brecha salarial que incluso repercutía posteriormente en el ámbito de las prestaciones y pensiones de la seguridad social, que seguían siendo las mujeres las que en su mayor parte utilizaban las medidas destinadas a la conciliación de la vida laboral y familiar y que, incluso, no eran infrecuentes los supuestos en los que las personas empleadoras consideraban a la mujer como una empleada molesta sobre todo cuando era madre suponiendo que ella utilizaría las medidas de conciliación legalmente establecidas, todo ello entre otras muchas circunstancias que evidencian que la desigualdad pervive en el ámbito laboral (por todas Merino, 2009, pp. 15-16).

Junto al perfeccionamiento de los instrumentos legales laborales, lo cierto es que la LOIEMH nace del convencimiento de que solo una actuación integral que abordase el conjunto de situaciones que sitúan a la mujer en peores condiciones sociales podía contribuir a superar ese estado de cosas; la LOIEMH nace así con esa voluntad de tratamiento integral y, al margen de imperfecciones técnicas e insuficiencias, pretendía en el ámbito laboral que se

abordasen también en él integralmente los problemas que perpetuaban la desigualdad laboral; para ello actuaba en varias direcciones pero destacaré esencialmente tres: en primer lugar perfeccionaba la tutela antidiscriminatoria; en segundo lugar mejoraba la legislación mediante correcciones en ciertos preceptos legales y, en tercer lugar y sobre todo, introducía la necesidad de negociar medidas de igualdad y, en ciertas empresas, planes de igualdad.

La LOIEHM pretendía ser así una ley integral y pretendía que en ese tratamiento integral, el protagonismo en el ámbito laboral lo asumiesen los planes de igualdad que debían ser los que en el ámbito concreto de cada empresa estableciesen el tratamiento laboral integral necesario para garantizar la igualdad, en el convencimiento de que sin esa concreción en el ámbito más reducido, los preceptos legales generales no conseguían desplegar totalmente su función igualitaria, pudiendo ser eficaces en su caso ante discriminaciones concretas pero no para garantizar una auténtica igualdad de oportunidades.

Lo que ocurre es que la LOIEHM fue muy modesta en la regulación de los planes de igualdad, lo que ha motivado su corrección posterior, en concreto en esta materia sobre todo en el RDL 6/2019, de 1 de marzo, cuyo impacto en la materia ha merecido interesantes estudios doctrinales (como, por ejemplo y por todos, Fabregat, 2019, o Aragón y Nieto, 2019). Sin duda es una corrección que puede ser más modesta que los numerosos proyectos de reforma legal que en años precedentes se habían producido y, por tanto, relativamente insuficiente en algunos aspectos, como alguna de la mejor doctrina ha expuesto (Ballester, 2019, pp. 15-18), y sin duda necesitaba de un cierto desarrollo reglamentario que clarifique ciertas cuestiones, pero que, en mi opinión y por lo que hace a los planes de igualdad, mejora considerablemente su régimen jurídico y responde mejor a su finalidad de tratamiento integral en el ámbito laboral, a ello me refiero a continuación.

2. El plan de igualdad: su alcance, concepto y función

Para entender el concepto y función y, por tanto, el alcance socio-jurídico del plan de igualdad, hay que partir de la definición legal del mismo y situarla en el marco de algunas ideas que ya he avanzado.

En efecto, el plan de igualdad ha de conseguir la igualdad real y actuar de modo integral.

Para ello es esencial entender que buena parte de las desigualdades proceden de los espacios de unilateralidad empresarial y que por tanto el plan se sitúa en el centro de una serie de conflictos, entre los que no es el menor el que se produce entre los poderes empresariales y el derecho a la igualdad material, a la igualdad de trato y oportunidades (analizando el supuesto concreto de la contratación alude a ese conflicto, por ejemplo, Olmo, 2013, p. 40).

También es esencial entender que, como se ha expuesto, la lucha por la igualdad es más compleja que un supuesto protecciónismo hacia la mujer; esto se ve muy claro en la adopción de medidas de conciliación; el objetivo actual no puede ser simplemente conciliar la vida laboral y familiar con la laboral, porque ello puede conducir, si no se acompaña

de otras medidas más intensas, a perpetuar la división sexista de roles sociales y la dedicación de la mujer a las tareas reproductivas; por eso la igualdad lo que ha de conseguir es la corresponsabilidad, el que las tareas reproductivas se asuman por igual por hombres y mujeres, facilitando en igualdad de condiciones a todas las personas la conciliación de su vida personal, laboral y familiar (Lousada, 2008, pp. 7-8).

Por otro lado es esencial tener en cuenta que, ante esa complejidad, el plan no puede consistir en un conjunto de declaraciones genéricas o estandarizadas o, como ocurre a veces, en una reiteración de lo que ya existe en las normas legales, siquiera con leves retoques o mínimas mejoras.

En ese caso no se conseguiría lo que pretende la ley que es llevar al ámbito concreto de la realidad de la empresa la manera en que debe cumplirse la normativa general sobre igualdad entre mujeres y hombres, precisamente porque, como avancé, esa igualdad no se ha conseguido con la mera implementación de normas legales al respecto.

Ese es el sentido del concepto que la LOIEMH da al concepto del plan de igualdad al definirlo, en el artículo 46.1, como: *“un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo. Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.”*

Es más, si se tiene en cuenta la obligación general que para todas las empresas establece el artículo 45.1 LOIEHM, en el sentido de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y negociar y adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, hay que considerar que el plan es la forma adecuada de que ciertas empresas, esencialmente las de más de 50 trabajadores, cumplan esa obligación.

Para cumplir con lo dispuesto y garantizar esa igualdad real, el plan no se elabora de cualquier forma, sino que debe contener un conjunto integral de actuaciones, que aborde transversalmente todos los aspectos de la relación laboral para detectar y corregir las desigualdades existentes y, como esta situación puede ser cambiante y ha de ser abordada en concreto, es fácil entender, como hace la doctrina y lo hizo desde el inicio de la LOIEHM, que solo cabe hablar de un plan de igualdad con el alcance que la norma pretende darle si este tiene esa transversalidad y se estructura como un conjunto de elementos estáticos y dinámicos, que respondan a la situación de presente cuando se elabora el plan pero que sean adaptables conforme a su evolución (Lousada, 2014, pp. 7 y 8) y si contempla en forma suficiente las tres fases esenciales de cualquier plan de igualdad: diagnóstico, fijación de objetivos y medidas (acciones que conforman el plan) y control y seguimiento (por todos Fabregat 2018-1, pp. 756-757; Lousada, 2014, p. 8; Olmo, p. 38), todo ello además adoptado y negociado conforme a la realidad concreta y diferenciada de cada empresa.

Solo así el plan de igualdad responderá al concepto legal y, sobre todo, solo así será un instrumento útil para garantizar la igualdad real entre mujeres y hombres en la relación laboral.

Sobre algunos aspectos centrales de este alcance del plan de igualdad me extenderé seguidamente.

3. La expansión del ámbito aplicativo de los planes de igualdad

Uno de los elementos más criticables de la redacción inicial de la LOIEHM era el escaso ámbito aplicativo de la obligación empresarial de establecer un plan de igualdad. En efecto solo las empresas de más de 250 trabajadores quedaban obligadas a hacerlo. En definitiva, solo en el marco de la gran empresa se establecía esa obligación (Fabregat, 2019, p. 24) lo que limitaba mucho el impacto de la medida, sin que por otra parte se haya cumplido en su totalidad, siquiera en ese ámbito.

Podía entenderse esa limitación aplicativa por la novedad, por el hecho de que ciertamente en los demás casos también había obligación de evitar la discriminación y adoptar medidas, en su caso negociadas, que garantizasen la igualdad entre mujeres y hombres, pero ciertamente se disminuía mucho el impacto de la medida y eso pese a que se preveía la posibilidad de que otras empresas voluntariamente adoptasen un plan de igualdad, que la negociación colectiva lo impusiese o que la autoridad laboral acordase en un procedimiento sancionador la sustitución de las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan. Además, es cierto, que en el ámbito del sector público, todas las Administraciones Públicas, con independencia del número de personas a las que empleasen, estaban y están obligadas a establecer negociadamente un plan de igualdad (Disposición adicional séptima, 2, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo texto refundido fue aprobado por RD Legislativo 5/2015, de 30 de octubre), sin que tampoco en este ámbito se haya cumplido plenamente la obligación, resultando incluso paradójico que este año 2020 es cuando se haya aprobado el primer plan de igualdad de las propias Cortes, órgano que aprobó la LOIEMH trece años antes.

La limitación de la obligación era evidente pues, conforme a los datos del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en enero de 2019, las empresas de más de 250 trabajadores eran solamente 4.700, mientras que las de menos que contaban al menos con un asalariado eran 1.322.261 empresas. Es cierto que en número de trabajadores afectados el impacto era mayor pues esas 4.700 empresas de más de 250 trabajadores, daban empleo a 5.352.361 personas, mientras que las de menos de 250 trabajadores, daban empleo a 8.416.423 personas. Es decir, si el número de empresas afectadas por la obligación era muy pequeño, por lo menos el de personas trabajadoras afectadas alcanzaba casi un 40% del conjunto.

Por eso, la extensión de la obligación a un número superior de empresas, al amparo del RDL 6/2019, ha sido calificada como una de las medidas interesantes de la reforma (Ballester, 2019, p. 20), aunque ciertamente, según esas mismas cifras y en esa misma fecha, la expansión de la obligación alcanzaría solo a las 24.508 empresas con un número de personas trabajadoras comprendidas entre 50 y 249, lo que en términos de personas

empleadas sí que es, por el contrario, muy significativo porque supone incorporar al ámbito de la medida a un total de 2.400.131 personas empleadas más.

Aun así quedarán todavía un total de unos 6.000.000 de personas trabajadoras sin que sus empresas estén obligadas a acogerse a un plan de igualdad.

Es posible que estas cifras deban corregirse algo pues, como dije, además de las que lo estén por el elemento cuantitativo, pueden existir otras empresas obligadas y todas las Administraciones lo están, pero las cifras expuestas dan buena cuenta de la expansión en el ámbito aplicativo de la reforma legal.

Por otro lado, la expansión del ámbito subjetivo de la obligación se aplica progresivamente; así en el primer año posterior a la publicación del RDL 6/2019 (producida el 7 de marzo de 2019), la obligación se extendía a las empresas de más de 150 personas trabajadoras; las de 100 a 150 contaban con dos años desde esa fecha para la aplicación de la obligación y tres años las que contasen entre 50 y 100 personas trabajadoras (Disposición transitoria decima segunda LOIEHM).

Una vez implantada totalmente la obligación, todas las empresas de más de 50 personas trabajadoras deberán contar con un plan de igualdad, y entonces la mayoría de las personas trabajadoras quedarán acogidas a alguno de estos planes; sin duda, si la obligación se cumple realmente y no de manera meramente formal, puede producirse un avance significativo en la igualdad en el ámbito laboral.

En todo caso, la regulación plantea dos problemas concretos: cómo medir el número de trabajadores y el ámbito concreto en el que debe negociarse e implantarse el plan de igualdad.

En cuanto al primer problema, parece claro que la norma legal no introduce matizadas y por tanto deben computarse todos los trabajadores que formen parte de la plantilla de la empresa, tanto trabajen a tiempo completo como a tiempo parcial y tanto sean fijos, como fijos discontinuos, como temporales, resultando igualmente indiferente que se sujeten a relación laboral ordinaria o especial, y tanto trabajen presencialmente como a distancia. Es más, no hay fundamento legal que permita utilizar reglas de cómputo teórico similares a las que se aplican en materia de elecciones a representantes de los trabajadores, pero no a otros efectos en los que, al igual que se sostiene que debe hacerse aquí, se computan todas las personas trabajadoras con independencia del vínculo contractual – por ejemplo, art. 1.1. del Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, aprobado por RD1483/2012, de 29 de octubre.

Incluso la obligación del plan de igualdad una vez adoptado, se mantiene aunque existan fluctuaciones temporales del número de personas empleadas que en algún momento concreto puedan hacer descender el número por debajo de 50 personas empleadas, solución que defiende la mejor doctrina (Fabregat, 2019, pp. 29-31) y que me parece ciertamente la aplicable, pues el plan de igualdad no puede ser una medida aplicada a ratos o temporadas en función de la variabilidad de la plantilla, además de que el número de trabajadores inicial que motivó la obligación del plan es el relevante a efectos de la misma; cuestión distinta sería una disminución permanente de plantilla que llevaría a que no

existiese la obligación de volver a negociar un plan de igualdad pero, como la obligación de garantizar la igualdad sigue vigente para cualquier empresa y el plan lo único que hace es concretarla en ese ámbito, es casi seguro que las medidas del plan seguirían siendo aplicables, al menos en su contenido material y, desde luego y como dije, el plan, una vez negociado, debe mantenerse en vigor el tiempo acordado sin ser alterado en su vigencia por oscilaciones de plantilla.

En cuanto al ámbito de aplicación del plan, la norma legal da respuesta clara (art. 46.3 LOIEMH). En efecto, el precepto concreta que en las empresas con diversos centros de trabajo el plan debe afectar a toda la empresa sin perjuicio de que se contemplen medidas específicas para determinados centros. Se está rechazando, pues, la negociación y consiguiente aplicación de planes en ámbito infraempresarial, posiblemente para evitar que en una empresa se llegase a contar con centros con plan y otros sin él y para garantizar un tratamiento integral en toda la empresa de las cuestiones relativas a la igualdad; lo anterior no implica, como la norma aclara, que no deban tenerse en cuenta las situaciones específicas y diferenciadas de ciertos centros de trabajo, e incluso dentro de un centro de secciones o departamentos determinados; es más, las mismas deben contemplarse en atención a lo que se desprenda del diagnóstico de situación que puede evidenciar problemas específicos en materia de igualdad y requerir por tanto medidas apropiadas, incluso si así se considera necesario con seguimiento específico, pudiendo existir órganos articulados para hacer seguimientos más directos en cada centro, coordinados con el seguimiento general que siempre debe producirse en la empresa en relación con todo el plan.

La exigencia de que el plan ofrezca respuesta concreta a los problemas reales, implica contemplar esas situaciones específicas que puedan darse en centros concretos, pero no permite, desde luego, una negociación diferenciada por centros que podría ser perjudicial para la finalidad pretendida de conseguir un tratamiento integral y transversal.

Por eso mismo, la negociación del plan debe producirse en el ámbito de la empresa y no en el ámbito sectorial, o en cualquier otro supraempresarial, sin perjuicio de que quiera una cierta articulación en la medida y la negociación colectiva sectorial y supraempresarial pueda fijar criterios generales y ofrecer pautas a la negociación en la empresa, conforme al art. 85.2.b) ET (Fabregat 2018-1, p.747), como también extender la obligación de contar con plan a más empresas e incluso ofrecer soluciones para problemas concretos como, por ejemplo, la falta de interlocutores negociales en algunas empresas o establecer sistemas de solución de los desacuerdos, aunque la negociación colectiva en la materia no había sido especialmente amplia e imaginativa, sobre todo en lo referente a acciones positivas antes de la ley (Cabeza, 2007, p. 36), ni tampoco parece que haya progresado demasiado aunque sí empiezan a aparecer experiencias al respecto, remitiéndome en todo caso a los estudios que sobre la materia se han efectuado doctrinalmente (por ejemplo y por todos, Cabeza, 2018 y Sánchez (dir.), 2016; Domínguez, 2018, y, en lo referente al sector público, García (dir.), 2019, especialmente pp. 201-244).

4. Contenido y características esenciales del plan de igualdad

El plan de igualdad debe tener un contenido y responder a unas características que lo definen en atención a la función que debe cumplir.

Al respecto considero esencial resaltar cuanto sigue.

4.1. Carácter integral

Como ya expuse, el plan de igualdad es un conjunto de medidas que pretenden dar una respuesta integral a las situaciones de desigualdad que en cada empresa existan. Ese carácter de respuesta integral exige que las medidas sean lo más concretas posibles y, por tanto, se hace esencial el estudio de la situación específica de cada empresa –la fase de diagnóstico a la que luego me referiré-. Como se ha expuesto, aunque adoptase formalmente la estructura de un plan de igualdad, no lo sería, ni un conjunto de medidas genéricas alejadas de la situación concreta de una empresa, ni la reproducción de medidas basadas en realidades distintas a la de la empresa en cuestión, como por ejemplo las adoptadas en planes de otras entidades (Lousada, 2014, p. 8); en definitiva, el plan debe adoptar medidas específicas, previstas ad hoc para la realidad de cada empresa (Luján y Selma, 2016, p. 463) y su carácter integral viene a exigir que se cumplan dos circunstancias: la primera que el plan aborde todos los aspectos de la relación laboral para erradicar las consecuencias de cualquier tipo de discriminación que pudiera existir –directa, indirecta o social–, pero también para prevenir en cuanto sea posible que las mismas no se produzcan (Fabregat, 2019, p. 17); la segunda, que el plan preste la debida atención a las tres fases dinámicas en que se estructura (diagnóstico, adopción de medidas, control y seguimiento), especialmente esta última fase es esencial y debe existir el convencimiento de que el logro de la igualdad, la obligatoriedad del plan de igualdad, no es una obligación que se agota en un solo acto y produce un conjunto de medidas invariable y petrificado, sino que es un deber de cumplimiento sucesivo (Luján y Selma, 2016, p. 466), que obliga a evaluar el grado en el que se van alcanzando los objetivos pretendidos y, en función del mismo, revisar y adaptar las medidas adoptadas; en definitiva el plan de igualdad debe ser dinámico, variable, cambiante como lo es la realidad a la que intenta hacer frente (Fabregat, 2019, p. 99).

Solo cumpliendo estas exigencias puede pensarse que se está ante un conjunto de medidas que aborden en su integridad la desigualdad en la empresa, y solo así se garantiza, pues, el carácter integral del plan.

4.2. Diagnóstico de situación y plan de igualdad

Expuesto lo anterior, puede entenderse la importancia que tiene la primera fase del plan, el estudio de la realidad de la empresa sobre la que va a proyectarse, la fase de diagnóstico.

Pese a esa importancia, no era infrecuente que, antes de la reforma introducida por el RDL 6/2019, el diagnóstico no se negociase y se elaborase por la propia empresa (Lousada, 2014, p. 11), en su caso mediante gabinetes técnicos y similares; falta de negociación del diagnóstico que se consideraba que no conducía de por sí a la nulidad del plan (como resolvió la sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) (social) 12/11/2019, proc. 195/2019).

Precisamente esa falta de análisis concreto conducía a dos errores muy frecuentes, a los que ya me he referido y que aparecían en muchos planes: limitarse a declaraciones tan genéricas que se quedaban en el mero plano de lo teórico, de la abstracción; o, en segundo lugar, limitarse a reproducir derechos legales ya reconocidos, especialmente vinculados a medidas de conciliación (Luján y Selma, 2016, p. 456).

Esa relativa devaluación del diagnóstico, que impactaba claramente en la eficacia del propio contenido del plan, ha sido corregida por el RDL 6/2019 que mantiene a este como fase previa ineludible pero dejando claro, lo que en mi opinión ya debía haberse entendido siempre así, que el mismo debe ser negociado y que debe responder al contenido integral que se espera del análisis, estableciendo en consecuencia un contenido mínimo obligatorio (Fabregat Monfort, 2019, p. 48), pues la LOIEMH señala que el diagnóstico contendrá al menos las siguientes materias: a) Proceso de selección y contratación. b) Clasificación profesional. c) Formación. d) Promoción profesional. e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres. f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral. g) Infrarrepresentación femenina. h) Retribuciones. i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

Reitera además el art. 46.2 LOIEMH que la negociación del diagnóstico se produce en la propia comisión negociadora del plan de igualdad, y establece la obligación empresarial de suministrar toda la información necesaria al respecto, incluidos los datos del registro salarial a que se refiere el art. 28.2 ET.

El cambio legal es sustancial pues, donde antes existía un contenido difuso del diagnóstico y un listado ejemplificativo de materias a incluir en el plan de igualdad, tras el RDL 6/2019 existe un contenido claro, concreto y obligatorio del diagnóstico que, como se verá, lógicamente tendrá su reflejo en el contenido del plan, reforzando así esta fase esencial para que el plan descienda al terreno de lo concreto, de la realidad empresarial, y aborde así con la seriedad debida la erradicación de cualquier situación de desigualdad que se pueda detectar.

Además, como puede verse, y confirmando lo que avancé, el listado de materias incide en ámbitos en los que el poder empresarial es fuerte y, muchas veces, poco limitado, como en el acceso al empleo o en la promoción –especialmente a puestos directivos–; la norma legal es consciente de que la unilateralidad empresarial es fuente en no pocas ocasiones de desigualdades, por ello genera un instrumento que lleva a limitar y contractualizar esos poderes empresariales, siquiera a efectos igualitarios.

Por otro lado, la norma reacciona frente a una confusión frecuente; así se reitera, siquiera indirectamente, que conciliación no es sinónimo de igualdad, sino que lo que conduce a la igualdad es la corresponsabilidad, el reparto de las tareas reproductivas entre

mujeres y hombres y, por eso, el contenido del diagnóstico en la materia no es esencialmente el análisis de las medidas de conciliación, sino el análisis del uso corresponsable de las mismas. Sin despreciar la importancia de las medidas de conciliación, como se ha expuesto, la igualdad lo que esencialmente exige en esta materia es adoptar medidas para impedir que persista la división sexista de las responsabilidades familiares (Casas, 2019, p. 46).

Son, entre otros, claros mensajes dirigidos a quienes deben negociar el plan de igualdad.

La reforma legal ha dotado de instrumentos precisos a las partes negociadoras para que puedan combatir la desigualdad, del uso que hagan de esas herramientas depende en buena medida el éxito de la reforma legal y la consecución de los objetivos igualitarios que se pretenden.

Es más, conviene no olvidar que, al margen de que las discriminaciones constituyan infracción laboral muy grave, la propia transgresión de las normas que rigen la elaboración de los planes de igualdad y, por tanto, también la falta de colaboración o incumplimiento de la empresa en la elaboración del diagnóstico puede ser constitutiva de una infracción grave al amparo del artículo 7.13 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

4.3. El carácter negociado del plan de igualdad

Sin despreciar la importancia que puedan tener medidas establecidas unilateralmente por las empresas, incluso en el marco de las iniciativas de responsabilidad social (como analiza, entre otras, Merino, 2009, pp. 9-82), lo cierto es que lo esencial de las medidas igualitarias en las empresas obligadas a contar con plan de igualdad han de venir de la negociación colectiva, porque el plan, desde su inicio, como se ha visto en relación con la fase de diagnóstico, es un instrumento negociado.

Así lo concreta claramente la ley y ya se analizó además que establece que el ámbito natural de negociación es la empresa.

Incluso así lo ha interpretado la jurisprudencia y doctrina judicial (un buen análisis al respecto, por ejemplo, en Poquet, 2019, pp. 89-97 y en general y en excelente análisis de la interpretación judicial acerca de los planes de igualdad y no solo sobre este aspecto, en Monereo y Guindo, 2018, pp. 565-579).

Ahora bien, la exigencia de negociación plantea varios problemas jurídicos, esencialmente los siguientes: 1) ¿es exigible siempre ese carácter negociado? 2) determinar los sujetos legitimados para negociar; 3) ¿qué ocurre si no hay sujetos legitimados para negociar? y 4) ¿cuál es la naturaleza jurídica del plan?

Analicemos estos problemas esenciales

1) Como regla general el plan de igualdad es un instrumento negociado; lo es necesariamente en el ámbito público (Disposición adicional séptima. 2. EBEP) y esa es también

la regla general en el ámbito privado, pero en este cabe diferenciar supuestos en los que la obligación no es tan clara (Fabregat, 2018-2, pp. 378-381).

En efecto, para las empresas obligadas a contar con plan de igualdad en atención al número de personas empleadas, la norma legal reitera que el plan debe ser negociado (45.2 LOIEMH), remitiendo al respecto a lo que disponga la legislación laboral, que reconduce a la negociación de convenios (art. 85.2 ET), reiterando posteriormente, como se analizó, la obligación de negociar el diagnóstico y aunque es cierto que hay una remisión a un desarrollo reglamentario de bastantes aspectos (46.6 LOIEMH), no es menos cierto que la obligación de negociar es clara y no necesita mayor desarrollo y que en las restantes materia sujetas a desarrollo reglamentario la norma legal permite ya su aplicación, por contar con una regulación suficiente, en ausencia del mismo.

Así pues, en estas empresas la implantación del plan sin acuerdo conduce a su nulidad, como se ha resuelto jurisprudencialmente (STS (social) 13/09/2018, Recurso n. 213/2017 y STS (social) 09/05/2017, Recurso n. 85/2016; en el mismo sentido, por ejemplo, SAN (social) 10/12/2019, proc. 163/2019), salvo supuestos excepcionales de bloqueo de la negociación imputable exclusivamente a la parte no empresarial y siempre que el empleador haya agotado todas las posibilidades, incluso extrajudiciales, de solución del bloqueo.

Ahora bien, junto a las empresas obligadas cuantitativamente en virtud de la norma legal, se permite que los convenios amplíen a otras la obligación, remitiendo en este caso a los términos que establezcan esos convenios (art. 45.3 LOIEMH). Lo normal y deseable es que estos impongan la obligación de negociar el plan pero la ley no lo establece literalmente; pese a ello, creo, aunque es un supuesto dudoso, que en este caso la regla general debe mantenerse, pues la previsión de la posibilidad de no negociar no se contempla tampoco expresamente y sí se hace en los dos supuestos que a continuación indicaré. Esta diferencia de regulación hace entender, en mi opinión, que la norma legal no permite al convenio excepcionar el carácter negociado del plan; tendrá la opción de extender o no a más empresas la obligación de contar con plan de igualdad, pero no la de alterar sus características esenciales, entre las que se encuentra el carácter negociado que en estos momentos se establece como sustancial en el diagnóstico, y que solo podría omitirse en los casos en que la propia ley lo admite expresamente remitiéndose a la alternativa de consultas.

Esto enlaza, además, con el artículo 45.1 LOIEMH, que establece la obligación general de negociar, y en su caso acordar, las medidas en materia de igualdad.

Como dije, es un supuesto que plantea dudas, pues cabe desde luego la opinión contraria que incluso parece desprenderse de alguna sentencia como STS (social) 13/09/2018, Recurso n. 213/2017, y que es defendible también en una interpretación extensiva de la remisión que la norma hace en estos supuestos a los términos del convenio, aunque en mi opinión esa remisión no debería interpretarse en un sentido tan amplio que permitiese cuestionar las bases conceptuales del plan de igualdad, que lo identifican como un instrumento adaptado a la realidad de la empresa, integral, dinámico y participado (negociado y en su caso acordado). Estos serían límites que el convenio debería respetar, sería bueno que siempre quedase claro y, desde luego, y si no se comparte esta interpretación, cuando

menos el plan debería ser consultado, exigencia que se hace incluso para los supuestos en que ni siquiera es obligada su implantación como se verá a continuación.

Por el contrario, y como acabo de avanzar, en otros dos supuestos la norma legal sí contempla la posibilidad de que no exista negociación sino simplemente consulta. Uno es el de las empresas que no estén obligadas a contar con plan de igualdad pero que voluntariamente deseen implantarlo –lo que en muchos casos vendrá incentivado por el acogimiento a posibilidades de subvenciones y ayudas o contrataciones públicas–. En este caso la norma legal dice que el plan se implantará por la empresa previa consulta a la representación legal de las personas empleadas (art. 45.5 LOIEMH), lo que excluye claramente la obligación de negociar el plan, aunque esto será siempre posible de forma voluntaria.

El segundo supuesto es el de las empresas obligadas por acuerdo de la autoridad laboral, en un procedimiento sancionador para sustituir las sanciones accesorias por la elaboración y aplicación de dicho plan, en los términos que se fijen en el indicado acuerdo y en cuyo caso la norma señala que el plan deberá ser negociado o consultado con la representación legal de las personas que trabajen en la empresa. La interpretación lógica del precepto conduce a que en este caso existe obligación de negociar el plan pero que, si en dicha negociación no se alcanza acuerdo, la empresa pueda implantar unilateralmente el plan, bastando la consulta, y sujeto, eso sí, a que la propia autoridad laboral compruebe que se ajusta a los términos del acuerdo administrativo que obligó a la empresa.

2) En cuanto a los sujetos legitimados para negociar, la solución es clara, son los llamados a negociar en la Administración Pública en las correspondientes mesas de composición sindicalizada, y en el ámbito privado los legitimados para negociar en el ámbito de la empresa el convenio (art. 85.2 ET), lo que conforme al ET da preferencia a la negociación con las secciones sindicales en los términos del artículo 87.1 ET, e incluso directamente con las organizaciones sindicales por analogía con lo resuelto para la negociación de convenios, pero no impide en ese ámbito laboral que también estén legitimadas las representaciones unitarias, si bien lógicamente, en las empresas con varios centros y salvo que cuenten con comité intercentros – que es el auténtico comité de empresa en esas empresas – con capacidad negocial (art. 63.3 ET), como el ámbito de las representaciones es el del centro en el que son elegidas pero el ámbito del plan es toda la empresa, lo más práctico y seguro en aras a respetar las reglas negociales y la consiguiente correspondencia de ámbitos entre la negociación y la representación, es que acaben negociando las secciones sindicales o los sindicatos.

Desde luego lo que no cabe es sustituir a los sujetos legitimados por otro tipo de representaciones, comisiones ad hoc o cualquier otra parecida, como con claridad se resuelve en la jurisprudencia (STS (social) 14/02/2017, Recurso n. 104/2016), ni omitir la presencia de cualquier sujeto legitimado para negociar (STS (social) 11/03/2014, Recurso n. 77/2013).

3) Determinar lo que ocurre cuando no hay representaciones legitimadas para negociar en nombre de las personas empleadas es complejo.

Por un lado es evidente que no puede exigirse a la empresa cumplir con una obligación imposible como sería negociar con una representación inexistente; también es claro que la norma legal no ha previsto soluciones alternativas como comisiones negociadoras ad hoc y similares; finalmente también parece evidente que esta cuestión es una de las que debería ser abordada en la negociación sectorial, por lo que si en la misma se establecen soluciones al problema a ellas habrá que estar.

Ahora bien, si no hay reglas ni siquiera convencionales al respecto, solo caben dos soluciones: entender amortizada la obligación de negociar o entender que debe negociarse necesariamente con algún sujeto representativo como, seguramente, los sindicatos representativos en el ámbito sectorial al que pertenezca la empresa, porque lo que desde luego no parece admisible es que esa circunstancia condujese a excepcionar la propia obligación de contar con plan de igualdad.

Lo deseable es que existan soluciones convenidas, posiblemente en los términos que he dado como ejemplo, es decir negociando con las organizaciones sindicales directamente, pero en ausencia de reglas negociales es dudoso, aunque deseable, que pueda imponerse a la empresa la negociación del plan con sujetos diferentes a los previstos normativamente (al respecto STS (social) 13/09/2018, Recurso n. 213/2017), pareciendo que en ese caso la obligación se cumpliría con la implantación unilateral sujeta a comprobación judicial o administrativa de que el plan se ajusta a las exigencias legales, y con obligación de negociación tan pronto existiese representación legitimada para ello. En todo caso esta solución altera la delimitación conceptual del plan como instrumento participado y, por ello, deben explorarse las posibles interpretaciones que puedan conducir a una negociación sindicalizada en ausencia de otras representaciones en la empresa, aunque, como he expuesto, son complejas de sostener.

4) En cuanto a la naturaleza jurídica del plan, creo que hay que diferenciar dos supuestos; cuando el plan no es negociado, supuesto residual como ya dije, no puede tener otra naturaleza que la de un acto unilateral de la empresa y, por tanto, estamos ante un compromiso de la empresa, si se quiere ante una decisión empresarial de efectos colectivos que le vincula y que debe ceder, en su caso, ante cualquier otro instrumento negociado que resulte mejor para las personas que trabajan en la misma.

Por el contrario, cuando el plan es negociado en los términos establecidos en la ley, me parece que estamos ante un instrumento convencional, de eficacia general y normativa, tanto se contenga en el convenio de empresa, en cuyo caso esa naturaleza es evidente, como cuando se produzca como una negociación diferenciada, en cuyo caso estaríamos ante un convenio de contenido limitado pero no por ello menos eficaz, ni de naturaleza y régimen jurídico diferente al de cualquier otro convenio.

Desde esta perspectiva, en este caso, como ya avancé, las reglas de legitimación negocial son las propias de la negociación colectiva y la eficacia, duración y vigencia y problemas de sucesión normativa y concurrencia deben regirse por las reglas propias de la negociación estatutaria, esencialmente establecidas en los artículos 82, 84 y 86 ET, lo que

como solución general me parece lógico, aunque puede plantear algún problema de aplicación práctica en el que no me puedo detener en esta aproximación.

4.4. Contenido variable

Como indiqué, uno de los importantes cambios introducidos en el RDL 6/2019 fue establecer un contenido mínimo obligatorio para el diagnóstico, mientras que el contenido del plan queda más indeterminado, estableciéndose que contendrá los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Possiblemente, al determinar el contenido del diagnóstico, la norma legal pretendía evitar incorrecciones muy frecuentes en los planes de igualdad que hasta el momento tenían, en atención a las amplias posibilidades de incorporar materias con diversas regulaciones, contenidos muy variados, que han sido objeto de interesantes estudios doctrinales en general o en relación con contenidos particulares (por ejemplo, en relación con contenidos en general puede verse Alfonso (coord.) 2013, Olmo, 2013 y, entre otros aspectos por su análisis sobre errores frecuentes, Selma, 2017; y en relación con contenidos concretos, por ejemplo, Saldaña, 2011 y 2013; o incluso elaborando interesantes guías para la negociación como, entre otras, la de Romero, 2017, o evidenciando como las insuficiencias y deficiencias de contenido afectan seriamente a la propia eficacia del instrumento, como analiza Grau, 2020, versión no impresa).

Esa amplitud de posibles contenidos conducía, como acabo de exponer, a notables insuficiencias en algunos planes, bien porque se limitaban en general a reiterar regulaciones legales o a establecer cláusulas genéricas o estandarizadas sin relación con la realidad empresarial, o incluso porque, con buena intención pero equivocadamente, se limitaban a tratar ciertas temáticas, normalmente conciliación, medidas para víctimas de violencia de género y procedimientos en materia de acoso (Grau, 2014, pp. 263-286), considerando que esos eran los temas asociados a la igualdad, pero sin abordar cuestiones más transversales y esenciales como acceso, clasificación y promoción, retribuciones, etc., lo que hacía que la desigualdad perviviese.

La norma ha pretendido invertir los términos y obligar al análisis transversal al que me referí, de tal modo que sean los resultados del mismo, del diagnóstico, los que condicionen el contenido del plan.

Lo anterior introduce la duda de si todas las materias que deben ser objeto del diagnóstico deben encontrar reflejo en el plan; en mi opinión el diagnóstico fijará la intensidad de las medidas a adoptar, los objetivos a conseguir y los indicadores de seguimiento, pero todas las materias objeto de diagnóstico deben encontrar reflejo en el plan, siquiera y como se ha expuesto doctrinalmente para reflejar que en alguna de ellas no se aprecia discriminación ni necesidad de actuación, lo que incluso facilita el control por la autoridad laboral ante el obligado registro de los planes al amparo del artículo 46.4 y 5 LOIEMH (Fabregat, 2019, pp. 72-73).

Realmente lo anterior debe ser así, pues es lo único que se ajusta al carácter dinámico del plan; en efecto, que en una situación estática, en el presente, no se detecten necesidades de actuación, no impide que la situación evolucione y requiera en el futuro actuaciones igualatorias; desde esta perspectiva dinámica, todas las materias que como mínimo deben diagnosticarse deben ser objeto de seguimiento para comprobar su evolución y que, en su caso, siguen sin evidenciar la necesidad de medidas en orden a garantizar o restablecer la igualdad.

En mi opinión, pues, el contenido mínimo del diagnóstico es, a su vez, contenido mínimo del plan y objeto de su seguimiento, aunque no necesariamente deberán adoptarse medidas en todo ese contenido, sino solo en aquellas materias en que resulten necesarias y con la intensidad que los resultados de la evaluación, del diagnóstico, hagan precisa.

En cuanto a otros aspectos del contenido me remito a los estudios citados y a los que he ido exponiendo en el texto.

4.5. Naturaleza temporal y dinámica

Finalmente, en este breve repaso a algunas cuestiones que me han parecido esenciales para situar el alcance socio-jurídico de los planes de igualdad, quiero reiterar que las medidas del plan de igualdad, y en realidad todo el plan, tienen un alcance de temporalidad que les resulta esencial en cuanto que están dirigidas a modificar la realidad sobre la que actúan y, por tanto, deben evolucionar en atención a la evolución de la propia realidad que pretenden transformar; así lo ha entendido toda la doctrina que se ha referido al dinamismo de los planes de igualdad (por todos Fabregat, 2019, pp. 99-102; Lousada, 2014, pp. 7-8; Olmo, 2013, p. 39; Grau, 2020 –versión no impresa–, etc.) y solamente así se garantiza la necesaria eficacia en materia de igualdad de plan.

Por lo expuesto, corresponde a las partes que negocian el plan establecer su dimensión temporal, pero no solo en términos de duración del mismo, sino también en cuanto al calendario de adopción de las medidas previstas, períodos de revisión de la situación en cuanto a los objetivos fijados e indicadores para medir el cumplimiento, órganos destinados al control y seguimiento y capacidad de los mismos para revisar, en su caso, las medidas adoptadas, teniendo en cuenta que, si estos órganos tienen capacidad para renegociar o alterar el plan, deberán respetar en su composición las reglas de legitimación para la negociación que en cada caso proceda aplicar, pudiendo en caso contrario estar compuesta solamente por quienes firmaron el acuerdo o plan, pues las funciones serán únicamente la interpretación, aplicación, seguimiento y en su caos propuestas pero nunca alterar la regulación pactada (como ejemplo de esta doctrina general, puede verse STS (social) 30/05/2018, rec. 147/2017).

En todo caso la capacidad de revisar modificando el plan no se supone ni se la puede atribuir a sí mismo el órgano de seguimiento (SAN (social) 26/06/2019, proc. 101/2019), pues la decisión al respecto corresponde a los negociadores del plan.

Solo con una correcta regulación de estos aspectos dinámicos se cumple con las previsiones legales, en orden al establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados en el plan (art. 46.1 LOIEMH), y encuentran sentido las obligaciones empresariales de información sobre el grado de cumplimiento de los objetivos (art. 47 LOIEMH).

La variedad de sistemas y órganos de seguimiento puede ser muy amplia y de hecho la propia ley alude a las comisiones paritarias de los convenios si se les atribuye esa función, pero nada impide la existencia de comisiones específicas o de otro tipo de órganos con funciones de seguimiento, con el límite lógico de que el seguimiento debe hacerse con participación de las partes que han negociado el plan y no puede quedar a la unilateralidad empresarial, lo que desvirtuaría totalmente el sentido del mismo y del propio plan como instrumento esencialmente negociado.

5. Unas breves conclusiones

Con este trabajo he pretendido exponer algunos de los elementos esenciales que pueden resaltarse en la actual configuración jurídica de los planes de igualdad, especialmente en cuanto a su contexto y contenido, pues otras cuestiones se abordan en los restantes estudios expuestos en la misma jornada que el que da origen a este trabajo, y son objeto, también, de publicación en esta misma revista.

Especialmente he pretendido resaltar la necesidad de valorar, regular e interpretar los planes de igualdad desde la cláusula de Estado Social y del valor esencial que en el mismo tiene la igualdad real y material. Es más, solo desde esa vinculación cabe entender la propia regulación en materia de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, sus modificaciones y, por supuesto, la propia evolución en la regulación jurídica de los planes de igualdad, culminada por el momento en el RDL 6/2019 que, con acierto, viene a resaltar aspectos como el contenido del diagnóstico o el carácter negociado del mismo, aspectos que resultan esenciales para la propia eficacia real del plan de igualdad como instrumento transversal que garantice la igualdad real en la empresa.

Quiero finalizar este breve repaso con mi convencimiento de que, bien negociados, los planes de igualdad pueden suponer una herramienta muy útil (Aragón y Nieto, 2019, p. 323), un avance hacia la igualdad real entre mujeres y hombres en el ámbito laboral, objetivo que, como dije, es irrenunciable en un Estado Social y que ya lleva demasiado tiempo sin conseguirse plenamente.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO CARLOS L. (coord.) (2013) y Cordero Gordillo, Vanessa; Fabregat Monfort, Gemma; Moreno Solana, Amanda y Morillo Balado, Rosario *Observatorio de la negociación colectiva. La negociación en materia de planes de igualdad: estudio analítico*, Madrid, Ediciones Cinca.

- ARAGÓN GÓMEZ, CRISTINA y NIETO ROJAS, PATRICIA (2019) "El impulso a los planes de igualdad en el RD-Ley 6/2019", pp. 321-374, *Tiempo de reformas*, De la Puebla Piniella, Ana y Mercader Uguina, Jesús (dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch.
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO (2019) "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris*, Vol. 4, No. 2, pp. 14-38.
- CABEZA PEREIRO, JAIME (2007) "Los planes de igualdad y la negociación colectiva", *Aequalitas*, n. 21, 2007, pp. 35-46.
- CABEZA PEREIRO, JAIME (2018) "Igualdad efectiva de mujeres y hombres en la negociación colectiva", pp. 683-702, *El derecho de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ventura Franch, Asunción y García Campá, Santiago (dirs.), Navarra, Aranzadi.
- CASAS BAAMONDE, MARÍA EMILIA (2019) "La igualdad de género en el Estado Constitucional", *Revista de Derecho Social*, n. 88, pp. 13-54.
- DOMÍNGUEZ MORALES, ANA (2018), *Igualdad, no discriminación y negociación colectiva*, Madrid, Ediciones Cinca.
- ESQUEMBRE CERDÁ, MAR (2018) "El reconocimiento de las mujeres como sujetos jurídico-políticos en la Ley de Igualdad", pp. 91-117, *El derecho de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ventura Franch, Asunción y García Campá, Santiago (dirs.), Navarra, Aranzadi.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA (2009) *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*, Valencia, Tirant Lo Blanch
- FABREGAT MONFORT, GEMMA (2018-1) "planes y distintivos de igualdad en la empresa", pp. 743-767, *El derecho de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ventura Franch, Asunción y García Campá, Santiago (dirs.), Navarra, Aranzadi.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA (2018-2) "La incidencia de la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en materia de negociación colectiva. En especial, en los planes de igualdad", pp. 369-390, *Trabajo, Género e Igualdad*, Romero Burillo, Ana María (dir. y coord.), Navarra, Aranzadi.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA (2019) *La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL6/2019, de 1 de marzo*, Albacete, Bomarzo.
- GARCÍA BLASCO, JUAN (dir.) (2019) *La negociación colectiva en el sector público*, Madrid, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO y VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN (2018) "Hacia una nueva dogmática del derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres", pp.51-90, *El derecho de igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Ventura Franch, Asunción y García Campá, Santiago (dirs.), Navarra, Aranzadi.
- GRAU PINEDA, CARMEN (2014) "Los planes de igualdad como ¿nueva? técnica para la consecución de la igualdad en la empresa", pp. 263-286, *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual*. Cuesta López, Víctor Manuel y Santana Vega, Dulce María (coords.), Navarra, Aranzadi.
- GRAU PINEDA, CARMEN (2020) "Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad", versión pendiente de publicación, *Femeris*, 2020.

- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F. (2011) "La dimensión objetiva del derecho a la igualdad de mujeres y hombres", *Aequalitas*, n. 29, pp. 24-29.
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ F. (2008) *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Albacete, Bomarzo.
- LUJÁN ALCARAZ, JOSÉ y SELMA PENALVA, ALEJANDRA (2016) "planes de Igualdad", pp. 455-492, *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Sánchez Trigueros, Carmen (Dir.), Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- MERINO SEGOVIA, AMPARO (2009) *Igualdad de género, empresa y responsabilidad social*, Albacete, Bomarzo.
- MONEREO PÉREZ, JOSÉ LUIS y GUINDO MORALES, SARA (2018) "planes de Igualdad", pp. 565-579, *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la Ley de igualdad entre mujeres y hombres*, Sánchez Trigueros, Carmen (dir.), Madrid, BOE.
- OLMO GASCÓN, ANA MARTA (2013) "El contenido de los planes de igualdad: guías y directrices prácticas", *Aequalitas*, n. 33, pp. 38-58.
- POQUET CATALÁ, RAQUEL (2019) "Doctrina judicial en torno a la elaboración y negociación del plan de igualdad", *Trabajo y Derecho*, n. 54, pp. 89-97.
- ROMERO RODENAS, MARÍA JOSÉ (2017), *planes de igualdad*, Albacete, Bomarzo.
- SALDAÑA VALDERAS, EVA (2011) "El tratamiento del salario y los beneficios sociales en los planes de Igualdad: insuficiencias y buenas prácticas", *Temas Laborales*, n. 108, pp. 85-113.
- SALDAÑA VALDERAS, EVA (2013) "Los sistemas de clasificación profesional en los planes de igualdad de la empresa privada y del sector público", *Temas Laborales*, n. 119, pp. 91-118.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN (Dir.) (2016) *El principio de igualdad en la negociación colectiva*, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA (2017) "Algunas reflexiones prácticas en torno a la elaboración de los planes de igualdad en las empresas", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n. 46, versión digital.
- SELMA PENALVA, ALEJANDRA (Dir.) (2019) *Retos en materia de igualdad de género en el Siglo XXI*, Madrid, Dykinson.

El diagnóstico de la situación como fase previa a la elaboración de planes de igualdad

Diagnosis company's situation. First step towards an equality opportunity plan

ANA DOMÍNGUEZ MORALES*

*Profesora Sustituta Interina
Universidad de Sevilla*

ORCID: 0000-0002-8875-9825

Recibido: 12/03/2020

Aceptado: 02/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5384>

Resumen. El Real Decreto Ley 6/2019 de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, ha modificado, entre otras, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Entre otras cuestiones de gran interés, ha resultado modificado el Capítulo III, dedicado a los planes de igualdad de las empresas y otras medidas de promoción de la igualdad. Dentro de la regulación de tales instrumentos de ordenación empresarial de la igualdad de oportunidades entre géneros destacan las variaciones que han afectado a la elaboración de los diagnósticos previos a la implantación de los planes de igualdad. Se trata de cambios que ya se reclamaban por parte de la doctrina y se podían entrever en otras normas de origen público dirigidas al fomento de la elaboración de planes de igualdad. Por ejemplo, se atiende a la recomendación sobre la elaboración del diagnóstico de forma negociada con los representantes de los trabajadores. Además, se desarrolla el contenido del mismo mediante la enumeración de materias a tratar en un listado abierto al tratamiento de otros asuntos que sirvan a los efectos de analizar la situación concreta en la empresa en aras a la elaboración de un plan de igualdad eficaz.

Palabras clave: diagnóstico previo, Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, plan de igualdad, igualdad de oportunidades, Ley Orgánica de igualdad entre mujeres y hombres, negociación colectiva.

Abstract. Royal Decree Law 6/2019 of March 1, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and occupation, has amended, among others, Organic Law 3/2007, of 22 March, for the effective equality of women and men. Among other issues of great interest, Chapter III dedicated to corporate equality plans and other measures to promote equality has been modified. Within the regulation of such instruments for business management of equal opportunities between genders, we want to highlight the changes that have affected the preparation of the diagnoses prior to the implementation of

* admorales@us.es

equality plans. These changes were already being called for by the doctrine and could be seen in other rules of public origin aimed at promoting the development of equality plans. For example, the recommendation on the diagnosis elaboration is followed up in a negotiated manner with the employees' representatives. In addition, the content of the report is developed by listing the subjects to be dealt in a list open. Indeed can be treated other matters in order to analysing the specific situation in the enterprise for the development of an effective equality plan.

Keywords: previous diagnosis, Equality Commission, equality plan, equal opportunities, Organic Law on Gender Equity, collective bargaining.

1. El concepto de diagnóstico previo a la elaboración del plan de igualdad

La Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres de 2007 (en adelante LOI) recogía por primera vez la obligación de negociar en las empresas medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres o, en su caso, planes de igualdad, con el alcance y contenido previsto en la misma¹.

Dicha Ley ha sufrido varias modificaciones, la más reciente y de mayor calado en lo que a la configuración jurídica de los planes de igualdad se refiere, se produjo mediante el Real Decreto-Ley 6/2019 de 1 de marzo. Esta norma afectó no solo el precepto que contempla cuáles son las empresas que estarán obligadas a implantar planes de igualdad, extendiendo la obligación a todas aquellas que ocupen, al menos, 50 trabajadores², sino que además transforma de manera notable la regulación del diagnóstico de la situación como paso previo y necesario a la elaboración del plan, dotándolo de un contenido propio y exigiendo su negociación con un comité específico integrado, en su caso, por los representantes legales de los trabajadores.

Como paso previo al descubrimiento de tales novedades legales, debemos concretar el concepto del propio diagnóstico, partiendo de una definición objetiva del mismo que extraemos del Diccionario elaborado por la Real Academia Española de la lengua, que lo describe como la "acción de diagnosticar", esto es, de "recoger y analizar datos para evaluar problemas de diversa naturaleza". Aplicando esta definición a nuestro objeto de estudio, el diagnóstico se puede describir como la recopilación y análisis de datos en materia de género para evaluar problemas de discriminación por razón de sexo en la empresa.

Desde el punto de vista puramente jurídico-laboral, no encontramos en la LOI una definición sobre el diagnóstico, pues esta solo se refiere a las materias objeto del mismo y a los sujetos legitimados para llevarlo a cabo, como se verá a continuación.

La única conceptualización del diagnóstico en el seno de un instrumento normativo la encontramos en la Resolución del Instituto de la Mujer de subvenciones a PYMES para la elaboración de planes de igualdad, que lo describe en los siguientes términos:

¹ Art. 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

² Aplicación paulatina de esta exigencia hasta 2022, según establece la Disposición transitoria décima segunda LOI. De este modo, se produce una aplicación paulatina de los artículos 45 y 46 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

“Consiste en un estudio cuantitativo y cualitativo de la estructura organizativa de la entidad que permita conocer la situación sobre la igualdad entre mujeres y hombres en la misma. El diagnóstico debe incluir información sobre los elementos que pueden generar discriminaciones en la empresa, tanto de carácter personal como económico, material, o de organización y sobre los recursos de los que dispone la entidad para plantear el cambio. Se requiere que todos los datos estén desagregados por sexo y que en ellos se incluya a toda la plantilla”³.

De lo anterior se deduce claramente que el diagnóstico previo a la elaboración del plan de igualdad es un instrumento clave, específico, por cuanto a que debe ser llevado a cabo de forma individualizada en cada empresa y no extrapolable a otra; es un elemento instrumental y, en definitiva necesario, para que las medidas adoptadas en el seno del citado plan sean eficaces y redunden en la consecución de la igualdad real. Se trata, en definitiva, de una evaluación de datos recopilados en relación a la plantilla y a la propia organización empresarial, desagregados por sexos, y analizados en base a una serie de indicadores tales como la dimensión de la empresa, contratación, clasificación profesional, formación o ascensos, entre otros, que exteriorizará la realidad laboral de la empresa desde una perspectiva de género y servirá de base para la elaboración de propuestas de mejora y consecución del propósito de alcanzar la igualdad entre géneros⁴.

2. Elaboración del diagnóstico previo al plan de igualdad

El diagnóstico de la situación de la empresa en materia de igualdad entre géneros supone así la fase previa a la elaboración del plan de igualdad. Instrumento que, se recuerda, es obligatorio para las empresas que empleen a más de cincuenta trabajadores – cuando finalice el periodo transitorio– y también a las que queden constreñidas a ello por exigencias del convenio colectivo de aplicación, además de aquellas otras obligadas como sustitución de las sanciones accesorias por incumplimiento de las normas antidiscriminatorias por razón de sexo.

La Ley se fija, por tanto, para obligar a las empresas a elaborar planes de igualdad, en datos objetivos –cuánticos, por consenso de los representantes de los trabajadores o impuesto por la autoridad laboral en sustitución de sanciones accesorias–, mas no en las circunstancias de la propia empresa, esto es, en si en ellas se cumplen o no los objetivos de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres o en si en ellas se producen o no discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo y precisan de medidas que rectifiquen tales deficiencias.

³ Resolución de 23 de Mayo de 2019, del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, por la que se convocan las ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad correspondientes al año 2019.

⁴ En línea con lo establecido por STS 832/2018 de 13 de septiembre, RJ 2018/4180, FJ 1. Esta sentencia confirma la SAN 81/2017 de 7 junio (AS 2018\1615).

No obstante lo anterior, las empresas que por su dimensión no estén constreñidas a implantar dicho plan, o porque así no lo exija el convenio colectivo aplicable, también podrían elaborar un plan de forma voluntaria. Al margen de lo anterior, se debe tener en cuenta que a todas las empresas, con independencia de su dimensión, si se aplica la obligación de negociar, para la adopción de un convenio colectivo propio, medidas dirigidas a promover la igualdad de trato. Esta exigencia prevista en el art. 85.1 ET es la adaptación de aquella otra que sanciona la LOI en virtud de la cual, las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral (art. 45.1). En estos casos, para llegar a fijar medidas eficaces, también será necesario realizar tal diagnóstico de la situación previa en la empresa.

La primera fase para la elaboración del diagnóstico consistirá en determinar quiénes serán los sujetos legitimados para llevarlo a cabo. La Ley atribuye esta tarea a la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad a la que se deberá dotar de las competencias necesarias para abordarla así como delimitar el ámbito funcional y temporal de la misma en cuanto a la elaboración del diagnóstico. Concretado lo anterior, se procederá a la recogida de datos, que constituirá la siguiente fase. Obtenidos tales datos que sirvan para la valoración acerca del grado de cumplimiento de la igualdad entre géneros en la empresa, se producirá un análisis cualitativo y cuantitativo de los mismos, que permitirá establecer unas conclusiones generales, identificando las áreas de mejora en la implantación de la igualdad de oportunidades en la empresa así como aquellas en la que ya se dan resultados satisfactorios en este plano. En definitiva, en esta tercera fase no basta con una simple enumeración de los datos obtenidos⁵. Un diagnóstico eficaz debe plasmar la realidad de la empresa y analizar los motivos de las diferencias entre ambos sexos y, en consecuencia, proponer medidas correctoras.

Concluida la fase anterior, el diagnóstico concluirá con un informe en el que se reflejarán las propuestas de medidas para corregir las desigualdades detectadas, así como aquellas áreas en las que se produce el cumplimiento de los objetivos de igualdad entre mujeres y hombres que deberá ser, en todo caso, objeto de seguimiento para evitar derivas negativas. Al análisis de los problemas aplicativos que presenta cada una de las fases descritas dedicaremos las páginas que siguen.

Nótese, antes de cerrar esta introducción, que un diagnóstico erróneamente elaborado va a suponer la creación de un plan que probablemente se evidencie como ineficaz⁶.

⁵ En este sentido, CAMPOS GARCÍA, A., CHICA PARRAS, M.L., GÓMEZ LIZANA, M.J., ESTRELLA RAMOS, A., PARRAS FUENTES, N., "Diagnóstico en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Empresa Fasur S.A.", MOLINA HERMOSILLA, O. (Ed.), *Gestión práctica de Planes de Igualdad*. Bomarzo, Albacete, 2009, p. 257.

⁶ Afirma que, "un diagnóstico mal elaborado puede dejar sin efecto todo lo pactado", FABREGAT MONFORT, G., "La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia". AA.VV, *Negociación colectiva y registro de planes de igualdad*. Boletín Igualdad en la Empresa XLVII, Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado, 2018, p. 20.

2.1. Sujetos legitimados para la elaboración del diagnóstico

La transversalidad y complejidad del análisis que se debe llevar a cabo en fase de diagnóstico, como se ha visto, hace pensar que lo más conveniente es que en su elaboración participen, en la medida de lo posible y dentro de su ámbito de actuación, todas las estructuras de la empresa⁷. Si bien, resulta coherente con una interpretación sistemática de las normas afirmar, que quienes deben tomar decisiones en torno al contenido y construcción del mismo, dada la naturaleza negociada del plan, han de ser los representantes de los trabajadores.

Antes de la reforma operada por el RD-Ley 6/2019, no se hacía referencia a los sujetos que debían participar en su elaboración, ni en el propio texto de la LOI ni en el Estatuto de los trabajadores, que ni siquiera recogía entre los derechos a la información de los representantes legales de los trabajadores lo relacionado con el diagnóstico. Solo se refería y se refiere el Estatuto de los Trabajadores al derecho por parte de los anteriores de conocer los datos sobre la composición de la plantilla desagregada por sexos⁸. No obstante, no podemos considerar que el legislador fuera ajeno a esta preferencia a que también el diagnóstico fuese consensuado con los interlocutores sociales y así podía entreverse de los criterios de valoración para otorgar a las empresas el distintivo de “Igualdad para la Empresa”. La norma que regula dicho distintivo exige para su obtención “la participación de los representantes del personal, si lo hubiere, y de la plantilla en su conjunto, tanto en el diagnóstico, como en el diseño de las medidas que integren el Plan de igualdad o las Políticas de Igualdad, y su control y evaluación”⁹.

Pero no solo se valora, para conseguir tal distintivo, la participación en el diagnóstico, diseño, implantación y evaluación del plan de igualdad o de las políticas de igualdad a los representantes de los trabajadores, sino también de personas con cualificación especializada en igualdad y no discriminación por razón de género en las relaciones laborales. Tanto es así que lo más frecuente siempre ha sido que la propia empresa junto, con personal por él designado –generalmente utilizando personal del área de recursos humanos– y con la ayuda de empresas externas expertas en la materia, se encargasen de elaborar dicho diagnóstico¹⁰. En algunos casos, a los anteriores se les denominaba “equipo

⁷ CARRASCO RASTRILLA, L. F., *Cómo elaborar el plan de igualdad de la empresa. La igualdad es un buen negocio*. Fundación Confemetal, Madrid, 2014, p.55.

⁸ Así, el art. 64.3 ET reconoce el derecho del comité de empresa “a recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en la que deberá incluirse el registro previsto en el artículo 28.2 y los datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”, pero no del diagnóstico previo a la elaboración del plan.

⁹ Art. 10.1 f) del Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo “Igualdad en la Empresa”.

¹⁰ Lo que se denominaba “autodiagnóstico de la situación”, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Aspectos dinámicos de los planes de igualdad (Diagnóstico de situación; Adopción e implantación; Seguimiento y evaluación; Comisiones de igualdad; Solución extrajudicial de conflictos)”. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, nº 34, 2014, p. 11.

de diagnóstico”, formado por miembros de la organización, encargados de administrar y gestionar el proceso con formación técnica especializada en la materia¹¹.

Sin embargo, aun no siendo exigido por la norma reguladora del diagnóstico, por la relevancia del asunto, el carácter negociado del plan y la existencia de derechos de información de los representantes de los trabajadores sobre el contenido de los planes de igualdad tal y como declara el art. 64.3 ET, se ha criticado que el texto originario de la LOI no se refiriera a los representantes de los trabajadores en la elaboración de este documento previo, ni siquiera como garantes de su objetividad y certeza. Se consideraba que, como parte del plan, el diagnóstico también debía ser negociado con los representantes, pues así se garantizaría la necesaria objetividad del diagnóstico¹². A lo sumo, era recomendable que si se encargaba su elaboración a una empresa externa, o se elaboraba en el seno de una comisión de expertos designados por la parte empleadora, finalmente se sometiera a debate y votación con la representación de los trabajadores. Algunos convenios, además, encomendaban esta tarea a la comisión de igualdad o paritaria del convenio¹³.

En definitiva, la negociación del diagnóstico se contemplaba como la opción más adecuada para asegurar la eficacia del plan pues no resulta coherente que las partes negocien una serie de medidas a incluir en el plan si haber estado presentes en la fase de diagnóstico¹⁴.

Tras la reforma, ahora la norma se refiere a los sujetos encargados de llevarlo a cabo hasta en dos ocasiones y no plenamente coincidentes. Establece el apartado 2 del art. 46 LOI que el diagnóstico será “negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras”. Posteriormente se refiere a la Comisión Negociadora del Plan de igualdad como órgano encargado de la elaboración del diagnóstico. Sin embargo, no existe mayor precisión en todo el articulado de la ley sobre la constitución de dicha Comisión: no habla sobre quiénes deben integrar este órgano, que en coherencia con el punto anterior se entiende referida a la representación legal de las personas trabajadoras, pero no excluye la participación de otros sujetos, ni cuántos deben integrarla, ni el sistema de selección de los mismos. La ley se remite a un desarrollo reglamentario que por el momento no se ha producido, habiendo transcurrido más de un año desde la aprobación del RD-Ley 6/2019.

¹¹ Señalan, como uno de los requisitos para realizar el diagnóstico, que este sea elaborado por un equipo técnico, CAMPOS GARCÍA, A., CHICA PARRAS, M.L., GÓMEZ LIZANA, M.J., ESTRELLA RAMOS, A., PARRAS FUENTES, N., “Diagnóstico en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Empresa Fasur S.A.”, op.cit, p.258. Hablan de “equipo de diagnóstico” formado por expertos en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, GARRIGUES JIMÉNEZ, A., MATEU CARRUANA, M.J., “Diagnóstico de igualdad de oportunidades: objetivos, condiciones instrumentales, indicadores y desarrollo”, MOLINA HERMOSILLA, O. (Ed.), *Gestión práctica de Planes de Igualdad*. Bomarzo, Albacete, 2009, p. 232. Denomina “equipo de trabajo para la realización del diagnóstico” al encargado de realizar el diagnóstico. Se integra por miembros de la dirección, recursos humanos, representantes legales de trabajadores, mandos intermedios y personal de base. Admite, no obstante, que suele corresponder con el Comité Permanente de Igualdad, CARRASCO RASTRILLA, L. F., *Cómo elaborar el plan de igualdad de la empresa. La igualdad es un buen negocio*, op.cit, p. 55.

¹² LOUSADA AROCENA, J.F. “Aspectos dinámicos de los planes de igualdad (Diagnóstico de situación; Adopción e implantación; Seguimiento y evaluación; Comisiones de igualdad; Solución extrajudicial de conflictos)”, op.cit., p. 12. En esta línea, GARCÍA COMAS, C., GUERRA ORTEGA, M.J., CARRETERO GARCÍA, M. J., BENAVIDES LLAMAS, M., GÓMEZ ORTIZ, A., *La igualdad entre Mujeres y Hombres en las Empresas. El diagnóstico en materia de igualdad: una herramienta básica para la intervención*, op.cit, p. 7.

¹³ POQUET CATALÁ, R., “Doctrina judicial en torno a la elaboración y negociación del plan de igualdad”. Trabajo y Derecho, nº 54, 2019, publicado online a través de La Ley Digital, desde donde se cita, p. 6.

¹⁴ FABREGAT MONFORT, G., “La negociación colectiva de los planes de igualdad, algunas reflexiones a propósito de su eficacia”, op.cit, p. 19.

Además de las anteriores, deja otras cuestiones sin resolver y que son objeto de debate doctrinal. La referencia a la representación legal de las personas trabajadoras como sujetos legitimados para negociar el plan “en su caso”, podría albergar varias opciones interpretativas. La primera de ellas atendería al supuesto de la existencia al mismo tiempo de representantes estatutarios y sindicales otorgando la preferencia para elaborar el diagnóstico a los primeros, como representantes legales propiamente dichos, frente a la representación sindical. Esta interpretación vendría a oponerse a las reglas genéricas de legitimación en el ámbito de la negociación de convenios colectivos que otorga a las secciones sindicales la preferencia a para negociar convenios de empresa –ámbito en el que se elabora el plan– siempre que así lo decidan las mismas y representen a la mayoría en los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal (art. 87 ET)¹⁵. En nuestra opinión, las reglas de legitimación para elaborar el diagnóstico se han de asimilar a las que rigen para la elaboración del plan y en este caso el art. 45 LOI si remite a las reglas previstas en el ET¹⁶.

La jurisprudencia no ha dudado que en este ámbito se aplican las reglas de legitimación previstas en el Estatuto, pues entiende que “la elaboración de los planes de igualdad es una manifestación propia de la negociación colectiva, que debe realizarse necesariamente con los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores, puesto que las reglas de legitimación de la negociación colectiva, reguladas en los arts. 87, 88 y 89 ET (RCL 2015, 1654), constituyen normas de derecho necesario absoluto, por todas STC 73/1984 (RTC 1984, 73) sin que quepa su imposición unilateral por parte de la empresa”¹⁷.

Por otro lado, “en su caso”, podría referirse también a la propia existencia de representación legal de las personas trabajadoras. Cuando finalice el periodo transitorio, todas las empresas que ocupen a más de cincuenta trabajadores deberán elaborar el plan de igualdad. Se da la circunstancia de que esa misma cifra supone el mínimo indispensable de personas trabajadoras en plantilla para que en tales empresas se pueda constituir un comité de empresa, luego, será común que en las empresas obligadas existan representantes estatutarios. A pesar de ello, como es sabido, esto no es óbice para que una empresa que supere dicha cifra de trabajadores no hubiese llevado a cabo el proceso de selección de la representación legal de los trabajadores. Por tanto, cabe entender que se negociará con ellos si es que existen, dejando sin resolver quiénes serán los legitimados en su ausencia.

Por tanto, también podrá referirse el precepto al supuesto en el que, en ausencia de representantes legales, sean las propias personas trabajadoras quienes podrán integrar la

¹⁵ Considera plenamente aplicables las reglas de legitimación no solo referidas en el ET sino aludiendo a la preferencia de la representación sindical frente a la legal en el Convenio número 135 de la OIT, FABREGAT MONFORT, G., “La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial”. Revista de Derecho Social, Nº 86, 2019, p. 216.

¹⁶ Art. 45. Elaboración y aplicación de los planes de igualdad. “Las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deberán adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deberán negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores *en la forma que se determine en la legislación laboral*”.

¹⁷ SAN 143/2019 de 10 diciembre (JUR\2020\31555), FJ 5. En ella cita la STS de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2456), que confirma SAN de 16 de septiembre de 2015, (PROV 2015, 237057), concluyó que “el acuerdo, en el que se pacte el Plan de Igualdad, debe suscribirse por la empresa y por los representantes legales de los trabajadores, ya sean unitarios o sindicales, que acrediten la representatividad de todos los centros de trabajo de la empresa”.

Comisión de igualdad en representación de ellos mismos. La jurisprudencia parece oponerse a esta opción interpretativa. Así, la Audiencia Nacional considera que una “comisión *ad hoc*” sólo tiene legitimación para actuar como interlocutor en el periodo de consultas previo a las decisiones en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, reducciones de jornada o suspensión de contratos de trabajo de carácter colectivo, despido colectivo o de adopción de acuerdos de inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable», concluyendo que, en todo caso, los únicos sujetos legitimados para la elaboración de planes de igualdad son los representantes legales o sindicales¹⁸. Aunque la sentencia se refiere a la legitimación para elaborar planes de igualdad, consideramos que podría ser aplicable a todas las cuestiones que giran en torno a su configuración negociada, incluyendo al diagnóstico previo.

Este pronunciamiento deja irresuelta la duda respecto a lo que ocurriría en caso de empresas con obligación de negociar planes de igualdad sin representación legal de trabajadores, atendiendo a que no avala la selección de trabajadores en sustitución de los anteriores. ¿Dejará de ser acaso obligatorio negociar un plan de igualdad y, por tanto, un diagnóstico previo, en empresas obligadas desde el punto de vista numérico por carecer de representación legal la empresa? No parece que sea la solución más acertada, puesto que, a pesar de que se entiende que las reglas de legitimación para negociar tal diagnóstico son las mismas que para elaborar el plan, ni en la propia LOI ni en el ET se permite en ningún caso desatender tal la obligación en ausencia de representación legal o que el mismo pueda ser elaborado de forma unilateral por la empresa, lo que redundaría en la negociación del diagnóstico con una selección de personas trabajadoras como mejor opción. Además, como bien se ha señalado, los trabajadores no son totalmente ajenos al plan de igualdad en su empresa cuando son ellos, en ausencia de representantes legales, a quienes se garantiza el acceso a la información sobre el contenido del plan (art. 47 LOI).

Nuestra interpretación se encuentra apoyada por un pronunciamiento del Tribunal Supremo que si bien es anterior a la reforma operada en 2019, puede resultar plenamente trasladable a nuestro objeto de estudio. En su sentencia, el Alto Tribunal impone a la empresa parte del litigio principal la obligación de negociar un nuevo plan de igualdad desde que queda demostrado que emplea a más de 250 trabajadores y, habiendo sido llevado a cabo un procedimiento de elecciones en la empresa, cuenta ya con representación legal. En cambio, en todo momento se da por válido el plan de igualdad vigente hasta ese momento, negociado con una representación *ad hoc*¹⁹.

En conclusión, aunque la norma podría haber resuelto dicha problemática de forma expresa entablando la posibilidad de crear una comisión *ad hoc* por los propios trabajadores para elaborar el diagnóstico, consideramos que sí lo ha afirmado de manera implícita cuando se refiere que los sujetos legitimados serán los representantes legales, *en su caso*²⁰.

¹⁸ SAN 143/2019 de 10 diciembre (JUR\2020\31555), FJ 5.

¹⁹ STS 126/2017 de 14 febrero (RJ 2017\845), FJ 4.

²⁰ En esta misma línea se posiciona el Prof. Ignasi Beltrán Heredia a través de la entrada en su Blog titulada “El plan de igualdad en las empresas sin representación legal de los trabajadores”, publicada el 10 de julio de 2019. <https://ignasibeltran.com/2019/07/10/el-plan-de-igualdad-en-las-empresas-sin-representacion-legal-de-los-trabajadores/>

En otro orden de consideraciones, se podría discutir si también el diagnóstico ha de ser negociado cuando el plan sea fruto de una imposición de la autoridad laboral como sustitución a sanciones accesorias. En este supuesto, el apartado cuarto del art. 46 LOI permite que el plan se lleve a cabo previa negociación o consulta, en su caso, con la representación legal de los trabajadores. Cabe deducir que, si la negociación puede sustituirse por una consulta, también cabrá adoptar esta postura para hacer el diagnóstico²¹. Una interpretación finalista y más garantista, en cambio, podría considerar que, si bien el precepto solo se refiere a la elaboración propiamente dicha del plan y no del diagnóstico, seguirían vigentes las normas de negociación obligatoria para este último, siendo conscientes de que esta opción puede resultar poco coherente en tanto que de ello derivaría un diferente grado de participación de los interlocutores en ambas fases, siendo igualmente relevantes para la eficacia del plan. Esta misma interpretación se puede hacer extensiva al supuesto de adopción voluntaria del plan, que solo ha de ser sometido a consulta previa con la representación legal de trabajadores y trabajadoras según sanciona el apartado quinto del mismo artículo.

En suma, la norma legal exige que el diagnóstico de la situación empresarial se lleve a cabo en el seno de un procedimiento de negociación con los interlocutores sociales integrados en una comisión. No se refiere la ley a quiénes ostentarán dicha legitimación por la parte empresarial. Presumiblemente, como se está haciendo hasta ahora, será el propio empresario acompañado por miembros del equipo directivo o de recursos humanos, personal de su confianza, quienes integren dicho órgano en representación de la empresa. Pero al margen de los anteriores en ningún caso se impide que en la comisión negociadora participen sujetos externos, incluidas consultoras, despachos de abogados o instituciones públicas como el Instituto de la Mujer estatal o regionales. De hecho, algunas empresas que se encuentran en fase de diagnóstico corroboran la contratación de una expresa externa que asesora y guía esta fase de elaboración del plan de igualdad²².

2.2. Contenido del diagnóstico

Una vez fijado quiénes son los sujetos que deben integrar la comisión encargada de preparar el diagnóstico, se podrá proceder al inicio del mismo. En este momento deberán responderse a cuestiones relativas al contenido o materias a analizar, los sujetos incluidos en el diagnóstico, la programación de las actividades de recopilación de datos y análisis, el intervalo de tiempo sometido al mismo, la determinación de los indicadores de igualdad que serán empleados o las medidas que se propondrán, cuestiones no todas debidamente resueltas por la Ley.

²¹ Así lo interpreta FABRGAT MONFOR, G., La obligatoriedad del plan de igualdad tras el RD 6/2019, de 1 de marzo. Bomarzo, Albacete, 2019, p. 23.

²² Han sido consultadas varias empresas privadas beneficiarias de las ayudas a la pequeña y mediana empresa y otras entidades para la elaboración e implantación de planes de igualdad correspondientes al año 2019.

2.2.1. Contenido legal

El texto originario la LOI que regulaba los planes de igualdad prestaba escasa atención al diagnóstico previo a su elaboración. El primero de los artículos referido a este asunto, el 46, recogía el concepto y el contenido del plan de igualdad que, curiosamente, tras la reforma operada por el RD-Ley: 6/2019 pasa a engrosar el contenido del diagnóstico previo, al que solo se dedicaba una simple referencia sobre su exigencia antes de crear el plan²³.

En efecto, con la reforma operada en 2019 el renovado art. 46 LOI amplía su apartado segundo para detenerse en el contenido y elaboración del diagnóstico de la situación en la empresa, haciendo desaparecer, en cambio, el contenido necesario de los planes de igualdad. Así, se incorpora un listado de materias que deben ser previstas en el diagnóstico, pero las describe de un modo abierto²⁴, esto es, permite que los sujetos legitimados para llevarlo a cabo incorporen cualesquiera otras que resulten de su interés. Tales materias son las siguientes:

- a) Proceso de selección y contratación.
- b) Clasificación profesional.
- c) Formación.
- d) Promoción profesional.
- e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.
- f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
- g) Infrarrepresentación femenina.
- h) Retribuciones.
- i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

Como ya se ha advertido, tales asuntos corresponden casi de forma idéntica con los que el texto originario establecía como contenido mínimo del plan. Las que hemos destacado en negrita se suman ahora al contenido del diagnóstico, no previstas en la versión anterior del artículo como contenido necesario del plan. Se trata de materias que constituyen, probablemente, los asuntos más problemáticos de nuestro mercado laboral en cuanto a la igualdad entre géneros se refiere.

El apartado sexto del precepto citado indica que un Reglamento de desarrollo del mismo concretará el diagnóstico, aclarando entre otros asuntos –o al menos eso es lo que se puede esperar del mismo–, su contenido. Pero a falta de desarrollo reglamentario y en virtud del concepto de diagnóstico antes referido cabe deducir que tal contenido debe centrarse en exteriorizar la situación real en la empresa, incluyendo su estructura, configuración

²³ Rezaba el originario texto del art.46.1 LOI: “Los planes de igualdad de las empresas son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un *diagnóstico* de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo”.

²⁴ Literalmente el art. 46.2 LOI establece que el diagnóstico “contendrá *al menos* las siguientes materias” (la cursiva es nuestra).

interna, características de la plantilla y las condiciones de trabajo desagregadas por sexo.

Además de los mencionados por la norma, cabe pensar en otros asuntos que pueden aportar información en perspectiva de género valiosos para tratar de identificar las medidas más eficaces tanto desde el punto de vista individual como colectivo. Ejemplo de lo primero sería el estudio acerca de las extinciones de contratos tanto las derivadas de despidos como las bajas voluntarias que pueden derivar de una política de conciliación insuficiente. En la vertiente colectiva podría analizarse la participación de la plantilla desagregada por sexo en los órganos de representación –comité de empresa, delegados de personal, comité de seguridad y salud o delegados sindicales–. Por último, será interesante evaluar situaciones externas a las condiciones de empleo y ocupación, es decir, al margen de lo puramente laboral, como pueda ser la cultura empresarial, el sector de la actividad o el compromiso empresarial por la igualdad de trato en instrumentos de responsabilidad social corporativa, entre otros.

2.2.2. Objetivos del diagnóstico

Como ya se ha dicho, el diagnóstico es el elemento que condiciona el contenido del plan y su efectividad, de manera que su contenido ha de ser necesariamente flexible para adaptarse a las particularidades del entorno empresarial. Asimismo, se define como práctico o instrumental, dirigido a tomar decisiones sobre condiciones de trabajo que traten de asegurar la igualdad de oportunidades entre sexos. Por último, destaca su carácter dinámico, pues aunque suponga en un momento inicial una “foto fija de la empresa”, esta situación no es, ni mucho menos, estática, sino que debe ser continuamente analizada así como actualizada²⁵.

El contenido del diagnóstico va a configurar el del plan, pues son esas las materias que frecuentemente ocupan el contenido de los futuros planes, teniendo por tanto su oportuno reflejo en el contenido de aquel. A nuestro modo de ver, dicho plan debería tratar de poner remedio a las discriminaciones presentes así como reflejar aquellas situaciones en las que no se precisan medidas, por haber alcanzado la igualdad entre sexos, cuya referencia serviría a efectos preventivos o para asegurar su seguimiento y evaluación pro futuro donde se evidencie si en ese concreto terreno siguen sin evidenciarse circunstancias discriminatorias²⁶.

²⁵ Destacan estas características como las esenciales del diagnóstico CAMPOS GARCÍA, A., CHICA PARRAS, M.L., GÓMEZ LIZANA, M.J., ESTRELLA RAMOS, A., PARRAS FUENTES, N., “Diagnóstico en materia de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Empresa Fasur S.A.”, op.cit, p.258. En parecidos términos, GÓMEZ MERAYO, R., “Los planes de igualdad: del diagnóstico a la evaluación”. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., (Coord.), *La negociación colectiva como vehículo para la implantación efectiva de medidas de igualdad*. Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, 2017, p. 25. También GARCÍA COMAS, C., GUERRA ORTEGA, M.J., CARRETERO GARCÍA, M. J., BENAVIDES LLAMAS, M., GÓMEZ ORTIZ, A., *La igualdad entre Mujeres y Hombres en las Empresas. El diagnóstico en materia de igualdad: una herramienta básica para la intervención*. Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería para la Igualdad y el Bienestar Social, Junta de Andalucía, 2009, p. 5. dinámico LOUSADA AROCHENA, J.F., “Aspectos dinámicos de los planes de igualdad (Diagnóstico de situación; Adopción e implantación; Seguimiento y evaluación; Comisiones de igualdad; Solución extrajudicial de conflictos)”, op.cit, p. 7.

²⁶ Considera que en principio el Plan solo debería abordar los ítems en los que se evidencia la discriminación, aunque defiende que también los casos en que no se aprecie sería aconsejable que se mencionase pues facilitaría el control, especialmente hasta que el Registro de diagnósticos se apruebe a través del desarrollo reglamentario previsto en el art.

En resumen, la relevancia final del diagnóstico puede ser sintetizada en los siguientes objetivos:

1. Obtener información detallada sobre las características de la organización con perspectiva de género.
2. Conocer el modo de gestión de los recursos humanos y su incidencia en la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.
3. Detectar las principales discriminaciones directas, indirectas y/o sistémicas.
4. Plantear las posibles vías de rectificación de las discriminaciones proponiendo mejoras que coadyuven a la implantación de la igualdad de trato y oportunidades.

Un buen diagnóstico servirá, además, para alcanzar otros objetivos como la mejora del rendimiento, eficiencia o productividad, lo que a la postre puede permitir alcanzar mejores resultados económicos para la empresa. Supone, en fin, una herramienta cuyos beneficios repercuten de forma transversal sobre las personas trabajadoras, las empresas y la sociedad en general²⁷.

2.2.3. Ámbito subjetivo

Un aspecto que tampoco ha sido aclarado por la LOI es el referente al ámbito subjetivo del diagnóstico, esto es, los sujetos a quienes se aplicará. En este terreno la norma obliga a la dirección de la empresa a facilitar la información necesaria para su elaboración.

A nuestro modo de ver, esta cuestión ha de ser resuelta por aplicación analógica del apartado 3 del art. 46 LOI en el que se especifica que los planes de igualdad incluirán a toda la plantilla de la empresa, luego el diagnóstico deberá referirse asimismo a toda ella, pues en todo momento la norma se refiere a la empresa como el nivel elegido para elaborar y aplicar el plan.

Lo anterior incluye no solo al personal laboral ordinario sea cual sea la vinculación contractual –indefinida o temporal, a tiempo completo o parcial– sino que abarca igualmente al personal directivo. Esto último opera de forma especialmente positiva pues precisamente a este nivel se producen mayores diferencias de trato entre mujeres y hombres que derivan, fundamentalmente, de la existencia del techo de cristal o resistencia a que la mujer ocupe cargos de alta dirección²⁸.

46.6 LOI. FABREGAT MONFORT, G., "La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial", op.cit, p.210.

²⁷ Por ello define a los medios para obtener igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como un "buen negocio" CARRASCO RASTRILLA, L. F., *Cómo elaborar el plan de igualdad de la empresa. La igualdad es un buen negocio*, op.cit, p. 58.

²⁸ En este línea, NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., "Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa", op.cit, p. 3.

Cuestión distinta que no resuelve la norma es si diagnóstico previo a la elaboración del plan de igualdad de una empresa debe incluir a los sujetos vinculados a la misma en virtud de una relación laboral triangular. Nos referimos a los supuestos de puesta a disposición de trabajadores a través de Empresas de Trabajo Temporal o como consecuencia de la externalización de la actividad empresarial.

En relación al primero de los supuestos planteados, el Tribunal Supremo ha establecido que el plan de igualdad también afecta a los trabajadores de la Empresa de Trabajo Temporal (en adelante, ETT) que realicen funciones en la empresa principal, aunque no entra en consideración sobre la necesidad de ser tenidos en cuenta en la fase de diagnóstico.

El Alto Tribunal fundamenta su fallo en el tenor literal del párrafo cuarto del artículo 11.1 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal donde se dispone que “los trabajadores contratados para ser cedidos tendrán derecho a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a que se les apliquen las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir discriminaciones basadas en el sexo”²⁹. Además, recuerda el Tribunal, que el RD-Ley que reforma la LOI viene a reincidir en la finalidad de la normativa de garantizar la igualdad real entre personas con independencia del sexo³⁰. Si como venimos afirmando, el diagnóstico supone la base para un plan de igualdad eficaz, en aras a asegurar los objetivos de tales normas, las empresas no deberían obviar la existencia de trabajadores puestos a disposición en sus dependencias, pues su ausencia provocaría que el diagnóstico no fuese plenamente fiable o se presentara como una realidad distorsionada. Algún plan de igualdad, de hecho, analiza la contratación a través de ETT en el diagnóstico³¹.

Si bien el supuesto anterior ha tenido una respuesta jurisprudencial desde el punto de vista de la aplicabilidad del plan a trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias, en otros supuestos de relaciones laborales triangulares no existe una suerte de guía doctrinal en cuanto a la aplicación de planes de igualdad.

Entre tales supuestos podemos reparar en primer lugar en el de los trabajadores cedidos ilegalmente, que guarda especial similitud con el anterior por cuanto a que trabajadores contratados por una empresa, prestan servicios en las instalaciones y bajo directrices de otra. Pues bien, el Estatuto de los Trabajadores, al permitir al propio trabajador a que opte por la empresa a la que será vinculado de forma indefinida, siempre que ambas mantengan su identidad una vez descubierta la ilegalidad (art. 43.4 ET), está admitiendo de manera implícita que al mismo se apliquen las reglas contenidas en el plan de igualdad de la empresa elegida, aunque sea aquella con la que no había celebrado el contrato. En este último escenario, deberá ser tenido en cuenta a efectos de diagnóstico si el mismo tiene que ser elaborado tras integrarse como trabajador de la plantilla de la empresa elegida,

²⁹ Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal.

³⁰ STS 778/2019 de 13 noviembre (RJ 2019\4706), FJ 2, que confirma la SAN 177/2017 de 11 diciembre (AS 2017\2105).

³¹ Plan de Igualdad de la empresa Asistencial Europea Reifs, S.L. de 26 de septiembre de 2019 (Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba nº 192, de 8 de octubre de 2019). Plan de igualdad y conciliación para la plantilla de la empresa del grupo Ibersnacks en Medina del Campo, Valladolid (Boletín oficial de la Provincia de Valladolid, nº. 178, 18 de septiembre de 2019).

y si este ya se ha efectuado cuando la opción por permanecer en la empresa sea definitiva, debe valorarse su existencia para el seguimiento del plan y un posible rediagnóstico.

En último lugar, nos detendremos en el supuesto de la externalización productiva y los efectos de esta relación laboral triangular sobre la elaboración del diagnóstico previo. En este ámbito se debe atender en primer lugar al art. 42 ET que, en caso de contrata de la propia actividad, establece el juego de la responsabilidad solidaria en aspectos como el salarial o de Seguridad Social, pero no impone la equiparación de condiciones de trabajo entre los trabajadores de la empresa usuaria y la empresa auxiliar aunque desarrollen sus funciones en el mismo centro, más allá de las obligaciones que corresponde asumir a la primera en materia de prevención de riesgos laborales. No obstante lo anterior, nada impide que el propio plan de igualdad disponga medidas que afecten también a los trabajadores de la contrata, a modo de ejemplo, exigir a la empresa auxiliar determinada paridad entre los trabajadores seleccionados para prestar el servicio contratado o proporcionar información a los representantes de los trabajadores de la empresa principal de los datos desagregados por sexo de la empresa contratada, entre otros. Por tanto, de nuevo se considera oportuno que el diagnóstico también analice dicha circunstancia, aunque no resulte exigible en virtud de lo dispuesto por la ley que solo indica que el diagnóstico debe venir referido a la plantilla de la empresa.

La mayoría de planes de igualdad dedican su ámbito de aplicación a los trabajadores de la empresa en la que se inserta dicho instrumento. Sin embargo, en algún caso la aplicación del mismo se extiende, incluso, a los trabajadores de empresas subcontratadas³². En otros, solo se realiza una referencia a este supuesto. A modo de ejemplo, se dispone en algún plan, como indicador del cumplimiento del objetivo de corregir manifestaciones sexistas en la imagen y trato de la organización, las comunicaciones realizadas a las empresas colaboradoras y subcontratistas³³, o se analizan los datos de subcontratación³⁴.

2.2.4. Planificación temporal

Una de las funciones que debe asumir la Comisión que elaborará el diagnóstico tras concretar el contenido del mismo, será la de efectuar una distribución ordenada de los tiempos para la realización de las tareas pertinentes. Para ello, será especialmente oportuno realizar un cronograma de actividades³⁵, marcando los tiempos para cada fase del

³² El Plan de Igualdad de Mercedes-Benz España, S.A.U. Vitoria-Gasteiz de 12 de diciembre de 2016 (Boletín Oficial del Territorio Histórico de Álava de 3 de febrero de 2017, nº 14) fija en su cláusula 5.2 el Ámbito personal de aplicación en los siguientes términos: “Afectará a los empleados de Mercedes-Benz España, S.A.U. en su centro de Vitoria Gasteiz y, en los desplazamientos y estancias externas a la fábrica por encontrarse en prestación de servicios, así como a personal de prácticas, becarios o trabajadores de subcontratas”.

³³ Plan de igualdad de Asistencial Geriátrico Algodonales de 28 de noviembre de 2019 (B.O.P. de Cádiz, nº 242 de 20 de diciembre de 2019).

³⁴ Plan de Igualdad de la empresa Asistencial Europea Reifs, S.L.

³⁵ Recomiendan elaborar un “Documento de programación” GARCÍA COMAS, C., GUERRA ORTEGA, M.J., CARRETERO GARCÍA, M. J., BENAVIDES LLAMAS, M., GÓMEZ ORTIZ, A., *La igualdad entre Mujeres y Hombres en las Empresas. El diagnóstico en materia de igualdad...*, op.cit, p. 5.

diagnóstico: recopilación de información, confección de tablas de indicadores y resultados, evaluación de los resultados y proposición de medidas correctoras.

Dentro de esta fase de concreción u organización interna para elaborar el diagnóstico y también relacionado con este aspecto, se deberá decidir el marco temporal de referencia, esto es, determinar el arco temporal que va a ser sometido a recopilación de información y posterior análisis. Para ello la norma no establece pautas, con lo que está en manos de los responsables del diagnóstico la extensión temporal del análisis en función de la concreta variable a estudiar. No será necesario fijar, por ejemplo, un lapso temporal de referencia en cuestiones como el número total de trabajadores desagregados por sexo, la edad de los mismos o la clasificación profesional, que se entienden referidas al momento preciso de la elaboración del diagnóstico. En cambio, sí será relevante en asuntos como contrataciones, extinciones, ascensos o permisos disfrutados³⁶.

2.2.5. Recopilación de información

El art. 46.2 LOI exige a la dirección de la empresa facilitar todos los datos e información necesaria para elaborar el diagnóstico en relación con las materias enumeradas en el mismo, así como los datos del Registro regulados en el artículo 28, apartado 2 del Estatuto de los Trabajadores, referido a los valores medios de los salarios, los complementos salariales y las percepciones extrasalariales de la plantilla, desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales, categorías profesionales o puestos de trabajo iguales o de igual valor. Además de estos datos, y en coherencia con lo establecido en tal precepto, también la empresa ofrecerá los datos sobre aquellas materias que por decisión de la comisión de igualdad también vayan a integrar el contenido del diagnóstico. Recuérdese que el listado de materias que integrarán el contenido de este se dispone con carácter de *numerus apertus*.

Todos los anteriores se obtendrán aplicando distintas técnicas de recopilación de datos: los aportados por recursos humanos y en general cuantos estén almacenados por la empresa, entrevistas a la plantilla o cuestionarios para la dirección de la empresa, labor facilitada por algunos modelos elaborados por instituciones públicas³⁷, y también entrevistas a los representantes de los trabajadores, así como el análisis de los pactos y acuerdos vigentes en la empresa.

Es conveniente, además, decidir si el examen de la situación empresarial se realiza sobre la empresa en su conjunto o en cada uno de sus centros. Consideramos que lo más oportuno es esto último pues así se proporcionará una imagen más real de la situación que manifiesta la empresa, a pesar de que el plan futuro debe ser unitario³⁸. Consciente

³⁶ A favor de que los datos utilizados sean recientes y referidos a un periodo concreto GÓMEZ MERAYO, R., "Los planes de igualdad: del diagnóstico a la evaluación", op.cit, p. 26.

³⁷ Cuestionarios dirigidos a la plantilla y a los responsables de la empresa en "El Diagnóstico en materia de Igualdad: Concepto, Metodología, Elementos y Estructura", elaborado por el Instituto Andaluz de la Mujer, Consejería de Igualdad y políticas sociales.

³⁸ En esta línea, CARRASCO RASTRILLA, L. F., *Cómo elaborar el plan de igualdad de la empresa. La igualdad es un buen negocio*, op.cit, p. 62.

de que esta opción puede albergar mayor éxito en la elaboración posterior de medidas, se especifica que los planes, aun siendo aplicables a la totalidad de la empresa, no obstan al establecimiento de acciones especiales adecuadas respecto a determinados centros de trabajo. Dichas acciones específicas solo pueden haberse concretado cuando el diagnóstico pusiera en relevancia una situación particular que tiene lugar en un concreto centro de trabajo que precisa de corrección.

En ocasiones las empresas carecen de los medios o del conocimiento necesario para proceder con la recogida de información. Para superar esta carencia, como se ha advertido, existen herramientas que ofrecen tanto entidades públicas como privadas debidamente habilitadas al efecto.

Antes de la entrada en vigor de la LOI, el programa Óptima, tanto a nivel estatal como a nivel autonómico ya había elaborado herramientas para la elaboración de un diagnóstico de la situación de la igualdad entre géneros en las empresas cuando todavía no era obligatorio para ninguna de ellas. En tales programas se proporcionaba fundamentalmente un cuestionario de diagnóstico que analizara la composición de la plantilla por sexos, así como la gestión de sus recursos humanos y la incidencia que esta última tenía en los posibles desequilibrios o desigualdades de género desde la perspectiva cuantitativa y cualitativa. Además de lo anterior, en el seno de tales programas se crearon otras iniciativas como la impartición de cursos de formación en materia de igualdad entre mujeres y hombres dirigidos tanto al personal directivo, como al de recursos humanos, a la representación legal de trabajadores y a los propios empleados³⁹.

En la actualidad, tanto el Estado como las Comunidades, en sus respectivos organismos de igualdad, constantemente ponen a disposición de los sujetos interesados contenidos y herramientas útiles en este terreno, entre las que destacan aquellas que permiten a las empresas gestionar la elaboración del diagnóstico a través de herramientas online y guías para llevarlo a cabo. A continuación veremos algunos ejemplos.

En Andalucía, el Instituto Andaluz de la Mujer ha puesto en marcha una herramienta informática dirigida a las empresas para que puedan elaborar un diagnóstico propio sobre su situación empresarial en materia de igualdad entre mujeres y hombres. La herramienta permite que las propias empresas puedan evaluar de forma sencilla las áreas de gestión empresarial, facilitando el proceso de análisis de los datos obtenidos garantizando la aplicación de una metodología de calidad basada en indicadores de género, cuyos resultados sirven de base para la realización de un plan de igualdad. Para usar la herramienta, además de los requisitos técnicos informáticos, las empresas deben darse de alta en el área de "Registro de Empresa", indicando la información que se le solicita⁴⁰.

³⁹ A nivel Estatal, Programa ÓPTIMA: Guía práctica para diagnosticar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas. Elaborado por el Instituto de la Mujer y Editado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997. En Andalucía, aprobado por el Instituto Andaluz de la Mujer en 1995 en el marco del II Plan andaluz para la igualdad de las mujeres para el periodo 1995-1998. También en el País Vasco publican en 1998 una Guía práctica para diagnosticar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas, elaborada en el seno del Programa Óptima seguido por Emakunde.

⁴⁰ <https://ws097.juntadeandalucia.es/demi/es/index>.

En Cataluña, para afrontar la fase de diagnóstico se ofrece la “Herramienta de diagnosis”, que contiene varios recursos para facilitar el análisis de los datos, tanto de forma cualitativa como cuantitativa. Como aspecto destacable de esta herramienta, se ofrecen materiales diferenciados a las empresas de más 50 o más personas trabajadoras, obligadas por la Ley a tener plan de igualdad, y a las empresas de menos de 50 personas trabajadoras que voluntariamente decidan llevarlo a cabo. Ponen a disposición de los usuarios una “Guía práctica de diagnosis”, que ofrece la metodología y materiales necesarios para poder analizar e identificar la situación actual de la organización, además de tutoriales, para conocer el funcionamiento de la herramienta y de las hojas de cálculo que contiene la misma. Además, ponen a disposición un modelo de informe, donde recoger toda la información obtenida, lo que permitirá conocer el nivel de integración de la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres en la organización y las áreas de mejora sobre las que se debe trabajar para lograr la igualdad efectiva. Finalmente, también resulta destacable la creación de un modelo de reglamento de funcionamiento de la comisión de igualdad donde se prevé su composición, funcionamiento, objetivos y funciones de la misma⁴¹.

Por último, mencionaremos la herramienta para la elaboración de diagnósticos y planes para la igualdad de mujeres y hombres en empresas y otras entidades que ofrece Emakunde, el Instituto Vasco de la Mujer.

La herramienta, disponible en formato Excel, garantiza la recogida de la información cuantitativa que el Decreto 11/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el reconocimiento “Entidad Colaboradora para la Igualdad de Mujeres y Hombres” en el País Vasco, solicita a las organizaciones en el apartado de diagnóstico⁴². La mayor parte de los datos que la herramienta solicita coinciden con los que las entidades utilizan habitualmente para su gestión. En lo que a opinión de la plantilla se refiere, la herramienta incluye una encuesta de sencilla aplicación. Además, dispone de otros materiales de apoyo⁴³.

Constituye una última cuestión a tener en cuenta que quienes entren en contacto con los datos recopilados deben asumir un compromiso expreso de confidencialidad, dada la sensibilidad de los datos que se manejan para su elaboración. La información, como resulta obvio, debe ser detallada y exhaustiva, pero en todo caso tiene que ser relevante, evitando recabar datos que no afecten al análisis de la situación.

2.2.6. Análisis de la información

El análisis de los datos obtenidos, como se ha apuntado en páginas anteriores, se realiza desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo. Para ello, se deberán establecer una serie de indicadores que permitan ser aplicados a los datos obtenidos para poder estudiar en cada ámbito material la situación de la plantilla en relación a la igualdad entre géneros.

⁴¹ <https://treball.gencat.cat/es/ambits/igualtat/plans/diagnosis/>.

⁴² Decreto 105/2004, de 8 de junio, por el que se regula la homologación de entidades consultoras para la prestación de asistencia técnica en materia de igualdad de mujeres y hombres a empresas y entidades. Modificado por el Decreto 348/2010, de 28 de diciembre.

⁴³ <https://www.emakunde.euskadi.eus/empresa-organizaciones/-/informacion/materiales-de-ayuda/>.

Entre los primeros se incluyen el número de mujeres y hombres en la plantilla, número de contratos por cada modalidad, edad de trabajadores y relación con la modalidad contractual o la clasificación profesional, salario de los trabajadores, número de cursos de formación ofrecidos y asistencias a los mismos, entre otros. Por su lado, entre los indicadores de tipo cualitativo podemos destacar las prácticas empresariales de contratación, las diferentes condiciones de trabajo a analizar como permisos disfrutados, estructura del salario, sector de la producción en que se inserta la empresa, internacionalización, tipo de empresa en cuanto a su dimensión y organización, sistemas de contratación, sistema de prevención de riesgos laborales, cultura empresarial, valores, años de apertura, responsabilidad social, representación de trabajadores, etc. Tales datos, además, se revelarán en datos absolutos y relativos o porcentuales. Cabe incluso llevar a cabo un análisis comparativo con el contexto empresarial en el que se insertan que pueda revelar la posible masculinización o feminización del mismo.

Los resultados mostrarán una foto fija de la empresa, pero que deberá ser admirada con perspectiva, sobre todo en lo que respecta a las contrataciones o la distribución en los distintos grupos profesionales a lo largo del tiempo. Se debe estar atento a la evolución de tales condiciones pues cabe la posibilidad de que una empresa que cumple los estándares de igualdad entre mujeres y hombres con carácter estático, en realidad esté viviendo un desequilibrio progresivo si se comprueba, a modo de ejemplo, que en las últimas contrataciones se ha tendido a seleccionar al personal masculino. En sentido contrario, una empresa ampliamente masculinizada en virtud de los datos obtenidos tras la recopilación de datos puede mostrar en un análisis cualitativo la progresiva implantación de medidas que tienden al equilibrio presencial o a la equiparación de condiciones entre sexos.

2.3. Informe de diagnóstico

El análisis de los datos recopilados desde el punto de vista cuantitativo y cualitativo será posteriormente plasmado en un informe de diagnóstico, aunque la norma no se refiera más que a las materias que han de ser sometidas a diagnóstico. Como se indicó páginas arriba, sería conveniente incluir en este informe tanto los datos negativos que pongan de manifiesto las discriminaciones directas, indirectas o sistémicas halladas⁴⁴, como aquellos otros en los que no se contemplan desajustes. Aunque no es frecuente, algún plan de igualdad se refiere a ello. Por ejemplo, en el Plan de igualdad de Life Care Asistencial Integral S.L., declaran que “el diagnóstico en el que se ha puesto de manifiesto el hecho de que en, no existen problemas de discriminación por razón de sexo”. No obstante, advierten, “la empresa está abierta a abrir líneas de actuación en materia de acceso al empleo, promoción profesional y prevención y actuación frente al acoso sexual y por razón de sexo, y por

⁴⁴ Sobre la definición de los tipos de discriminaciones me remito a mi propio trabajo DOMÍNGUEZ MORALES, A., *Igualdad, discriminación y negociación colectiva*. Cinca, Madrid, 2018.

ello, hace partícipe a la representación de la parte de las trabajadoras y de los trabajadores del diagnóstico y medidas adoptadas para su implantación”⁴⁵.

En la práctica, el informe refleja la situación de la empresa y añade las propuestas de mejora que sirven de instrumento para concretar el plan de igualdad. Generalmente los planes de igualdad incluyen dentro de su informe las siguientes cuestiones:

- a) Posicionamiento del personal.
- b) Situación retributiva.
- c) Selección de personal.
- d) Entrada y salida de la organización.
- e) Promoción y carrera profesional.
- f) Formación.
- g) Salud laboral (prevención, acoso).
- h) Conciliación.
- i) Comunicación de la empresa⁴⁶.

El informe contempla los datos y el análisis sobre la situación de la empresa y de la organización de la misma poniendo especial énfasis en aquello que pueda afectar a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Normalmente va detallando cada una de las materias señaladas cerrando el apartado con unas conclusiones genéricas acompañadas de las propuestas de medidas a contemplar en el plan. Además, se considera pertinente que el propio informe de diagnóstico plantee su revisión futura, dado que el plan ha de ser objeto de seguimiento, pues no olvidemos que se trata de un análisis dinámico y sobre aspectos cambiantes⁴⁷.

Como se ha dicho, la ley no concreta ni el contenido del informe ni tampoco explica si la información en él contenida debe reflejarse en el plan. Lo cierto es que normalmente los planes recogen los datos del diagnóstico, sin especificar cómo ni quién lo elabora⁴⁸.

Para responder a esta cuestión se debe acudir, en primer lugar, al art. 46 LOI que prevé la creación de un Registro planes de igualdad. En él no se dispone la obligatoriedad de incorporar en el texto y, por tanto registrar, el informe de diagnóstico previo⁴⁹.

A la espera de desarrollo reglamentario del Registro de estos planes, se debe acudir al régimen establecido en el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y de-

⁴⁵ Publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, nº 192 de 8 de Octubre de 2019.

⁴⁶ A ello se refieren NÚÑEZ-CORTÉS, CONTRERAS P., VELASCO PORTERO, T., “Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa”. Actualidad Laboral, nº 15, Editorial Wolters Kluwer. GARCÍA COMAS, C., GUERRA ORTEGA, M.J., CARRETERO GARCÍA, M. J., BENAVIDES LLAMAS, M., GÓMEZ ORTIZ, A., *La igualdad entre Mujeres y Hombres en las Empresas...* op.cit, pp. 40-42.

⁴⁷ Para su elaboración, también se ponen a disposición modelos de informe, como el elaborado por el Ministerio de Igualdad. Anexo III del Manual para elaborar un Plan de igualdad en las empresas elaborado por el Instituto de la Mujer.

<http://www.inmujer.gob.es/servRecursos/formacion/materiales/manualPlanIgualdad.htm>.

⁴⁸ LOUSADA AROCENA, J.F., “Aspectos dinámicos de los planes de igualdad (Diagnóstico de situación; Adopción e implantación; Seguimiento y evaluación; Comisiones de igualdad; Solución extrajudicial de conflictos)”, op.cit, p. 11.

⁴⁹ Art. 46.4 LOI “Se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, como parte de los Registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependientes de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas”.

pósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo (artículo 2 y DA Segunda), que prevé la obligatoriedad de registrar:

- Los planes de igualdad insertos en el convenio colectivo de empresa o los acuerdos que aprueban el Plan de igualdad derivados de la negociación colectiva de empresa y,
- Los acuerdos que aprueben planes de igualdad en las empresas afectadas por la negociación colectiva sectorial.

Tampoco esta norma prevé que el plan publicado contenga el diagnóstico previo, aunque en la práctica es frecuente que se inserten en ellos, como se verá a continuación. En todo caso, cabe plantearse si, en ausencia de publicación de todos los datos por su falta de integración en el plan de igualdad, la información que el mismo contiene es accesible.

Por su parte, el art. 47 LOI titulado, “Transparencia en la implantación del plan de igualdad” garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores y trabajadoras o, en su defecto, de los propios trabajadores y trabajadoras, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos”. Como se aprecia, el precepto se refiere al acceso a la información sobre el contenido del plan, obviando el del diagnóstico.

La jurisprudencia, por su parte, no ha sido consultada por el momento sobre este asunto. La doctrina tampoco se ha detenido en este aspecto especialmente, aunque algún autor defiende que el diagnóstico es un documento “de carácter estrictamente interno”. No obstante, en él no se tienen por qué reflejar datos personales de los trabajadores, puesto que la información se da de manera ciega. Por tanto, tales datos no están sujetos a la legislación en materia de protección de datos personales, aunque de la Ley se infiere la exigencia de hacerlos públicos. Por tanto, de nuevo será tarea de la comisión de igualdad evaluar la oportunidad de dar publicidad a esos datos⁵⁰.

2.4. Controversias surgidas en torno a la elaboración del diagnóstico

Se valora positivamente el establecimiento de fórmulas de solución de controversias en cuanto a la aplicación e interpretación del plan de igualdad⁵¹. La posibilidad de acudir a sistemas alternativos de solución de conflictos podría extenderse, además, a las desavenencias surgidas durante la preparación del diagnóstico. Los asuntos que pueden ser sometidos a tales sistemas de solución alternativos irían desde la inexistencia de comisión de igualdad, falta de participación de los interlocutores sociales, ausencia de buena fe, falta de acuerdo sobre el contenido del diagnóstico o de la elaboración del informe final con propuesta de medidas adoptar.

Consideramos que a este asunto debe ser aplicable la doctrina que determina la nulidad del plan cuando la empresa no acredite que hubiera agotado todos los medios de

⁵⁰ NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P., VELASCO PORTERO, T., “Cuestiones más controvertidas en la aplicación práctica de los planes de igualdad en la empresa”, op.cit, p.6.

⁵¹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “Aspectos dinámicos de los planes de igualdad (Diagnóstico de situación; Adopción e implantación; Seguimiento y evaluación; Comisiones de igualdad; Solución extrajudicial de conflictos)”, op.cit, p. 14.

solución judicial o extrajudicial del conflicto. Así se ha mantenido por el Tribunal Supremo en un caso en el que no se pudo llegar a constituir la comisión negociadora del plan de igualdad, al negarse a sentarse en la mesa la mayoría de las representaciones sindicales por considerar que la empresa había incurrido en graves irregularidades⁵². Aplicado la anterior doctrina a nuestro objeto de estudio, no habilitaría a la empresa a imponer unilateralmente el diagnóstico. En aquel concreto caso no constaba que la empresa acudiera a la mediación del comité paritario del convenio ni tampoco planteó ante los tribunales el oportuno conflicto colectivo exigiéndose, concluye el Tribunal, el cumplimiento del deber de negociar de buena fe que a la representación legal de los trabajadores le impone el artículo 89.1 y 2 ET⁵³.

En su caso, cumplido el trámite de sumisión a los medios extrajudiciales de solución de conflictos se abre la vía judicial para la interposición de demandas de conflicto colectivo por incumplimiento de las obligaciones relativas a la elaboración del plan regulado en los artículos 17.2 y 153 y siguientes de la Ley de la Jurisdicción Social, cuando la controversia verse sobre la negociación del diagnóstico.

Finalmente, los representantes legales o cualquier trabajador puede denunciar ante la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social que la empresa no cumple sus obligaciones en materia de igualdad, especialmente cuando tiene obligación de establecer un plan de igualdad y, por ende, cuando no elabora un diagnóstico de acuerdo a lo fijado por la ley. Al amparo del Art. 7.13 LISOS⁵⁴, la empresa cometerá una infracción grave por no cumplir las obligaciones que en materia de planes y medidas de igualdad establecen la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación⁵⁵.

Precisamente, dentro del Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social para el período 2018–2020, el objetivo séptimo pretende mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de igualdad y no discriminación. Concretamente, la línea sesenta y tres, dedicada a la igualdad de género, se centra en la vigilancia del cumplimiento de la obligación empresarial de elaboración del plan de igualdad como la aplicación efectiva de las medidas derivadas del mismo. En dicho plan se anuncia el lanzamiento de campañas específicas en materia de igualdad, así como la especialización funcional de inspectores e inspectoras de Trabajo y Seguridad Social en dicha materia⁵⁶.

⁵² STS de 9 de mayo de 2017 (RJ 2017, 2456), que confirma la SAN de 16 de septiembre de 2015 (JUR 2015, 237057).

⁵³ Un comentario sobre este asunto en RAMO HERRANDO, M.J., "El obligado cumplimiento en materia de planes de igualdad". Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 218, 2019, BIB 2019\2896. Recogido en versión digital, desde donde se cita, p. 4.

⁵⁴ No habiendo prosperado la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista incluía en su art. 45.7 como infracción grave la de "No informar, u ocultar la información disponible, a las personas trabajadoras o a su representación, sobre el diagnóstico correspondiente al plan de igualdad de una empresa", sancionable con multa de 626 a 6.250 euros.

⁵⁵ Las sanciones, fijadas en el art. 40.1b) oscilarán entre los 626 a 1.250 euros, en su grado medio de 1.251 a 3.125 euros; y en su grado máximo de 3.126 a 6.250 euros.

⁵⁶ Ubicado en el Eje 3 titulado "Eficacia en la actuación", dentro del desarrollo del plan estratégico, aprobado por el Consejo de Ministros el 6 de abril de 2018 y publicado en el BOE de 19 de abril de 2018.

3. Diagnóstico en la negociación colectiva

El III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, prorrogado en esta materia, hace un llamamiento a la negociación colectiva a nivel sectorial para adoptar criterios relativos a los contenidos de los Planes de igualdad, referidos a sus ámbitos de aplicación, evaluación, seguimiento, administración y resolución de las discrepancias. Nada se decía en relación al diagnóstico⁵⁷. No obstante, muchos convenios colectivos se refieren al contenido del mismo, así como determinan a los sujetos legitimados para su elaboración. Asimismo, es frecuente que los propios planes de igualdad incorporen los datos obtenidos y el análisis de los mismos llevado a cabo en fase de diagnóstico⁵⁸.

3.1. *El diagnóstico previo a plan en convenios colectivos*

La casuística en la negociación colectiva es variada, en cuanto a la referencia en los convenios colectivos a los diagnósticos previos a la elaboración del plan de igualdad en empresas que se encuentren dentro de su ámbito aplicativo:

- a) Convenios que no lo mencionan⁵⁹.
- b) Convenios que simplemente lo mencionan:
 - Se refieren a su existencia⁶⁰.
 - Fijan un plazo dentro del que se debe realizar⁶¹.
 - Atribuyen a la comisión de igualdad la facultad de emitir informe de diagnóstico o de negociarlo, regulando su composición– generalmente señalan a los

⁵⁷ El IV AENC insta a desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres sin referencia alguna a planes de igualdad.

⁵⁸ Se han analizado los convenios colectivos y planes de igualdad aprobados y registrados en castellano en la página web de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos desde la entrada en vigor del RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo hasta 28 de febrero de 2020. Los planes de igualdad analizados, registrados en el mismo periodo de referencia, corresponden con los que tienen la obligación de ser publicados en virtud de lo establecido por el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo.

⁵⁹ Entre otros, convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección (Boletín Oficial del Estado, nº 169, 16 de julio de 2019). Convenio colectivo de la empresa Autopista del Sureste (CEASA) (Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, nº 23 de 04 de febrero de 2020). Convenio colectivo de la empresa Diservaulec, S.L., 2019-2024 (Boletín Oficial de la Provincia de Pontevedra, nº 166, 30 de agosto de 2019). Convenio colectivo de Hertz de España, S.L. (Boletín Oficial del Estado, nº 6, 7 de enero de 2020). Convenio Colectivo de la Universidad de Extremadura (Personal Docente e Investigador Laboral) (Boletín Oficial de Extremadura nº 31, de 14 de febrero de 2020). Convenio colectivo para la actividad de la Industria de la Panadería de la provincia de Ávila (Boletín Oficial de la provincia de Álava, 3 de febrero de 2020, nº 22).

⁶⁰ Entre otros, convenio colectivo de Blasco Infraestructuras, SL. art. 88 (Boletín Oficial del Estado nº 6, 7 de enero de 2020). IV convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos, art. 73.3. (Boletín Oficial del Estado, nº 11, lunes 13 de enero de 2020). Convenio colectivo del sector del comercio de las Islas Baleares (Boletín Oficial de las Islas Baleares, nº 168, 14 de diciembre de 2019).

⁶¹ En el plazo de 1 año, art. 74 convenio colectivo de la empresa Clarton Horn, S.A.U (Boletín Oficial de la provincia de Jaén, nº 129, 9 de julio de 2019). Durante la vigencia del convenio, art. 48 convenio colectivo de la empresa La Union Electro Industrial SLU (Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, nº 244 de 24 de diciembre de 2019).

representantes legales de los trabajadores y empresarios y otros sujetos designados por este⁶².

- c) Convenios que desarrollan su contenido de forma más extensa: contenido, espacio temporal de análisis, participación de la comisión o de los representantes –generalmente como receptores de información del diagnóstico elaborado por la empresa–, informe final, sometimiento a procedimiento extrajudicial de conflictos durante el proceso de negociación e implantación del plan seguimiento⁶³.

3.2. *El diagnóstico previo en planes de igualdad*

Igualmente, existe una amplia amalgama de referencias al diagnóstico previo a la elaboración del plan en aquellos publicados en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

De manera esquemática, el tratamiento del diagnóstico en los planes de igualdad es el siguiente:

- a) Se refieren a un diagnóstico que no recogen (minoritario)⁶⁴.
- b) Plasman el diagnóstico de manera pormenorizada que podemos concretar en los siguientes asuntos⁶⁵:
 - Referencia a las leyes aplicables: en especial a la LOI.
 - Objetivos del diagnóstico.
 - Datos cuantitativos desagregados por sexo sobre: configuración de la plantilla, acceso y extinciones, formación, tipo de contrato, edad, promoción, salario, representantes de los trabajadores, etc.

⁶² Entre otros, Convenio colectivo de la sanidad privada de Salamanca y su provincia (Boletín Oficial de la Provincia de Salamanca, nº 27, 10 de Febrero de 2020). Convenio colectivo del sector del transporte discrecional y turístico de viajeros por carretera de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (Boletín Oficial de las Islas Baleares nº. 142, 19 de octubre de 2019).

⁶³ Podemos destacar entre otros, convenios que regulan de forma detallada el diagnóstico, aunque no todos con la misma extensión o contenido: art. 45 convenio colectivo sectorial estatal de restauración colectiva (Boletín Oficial del Estado nº 145, 18 de junio de 2019). Anexo 18 convenio colectivo de la empresa Nissan Motor Ibérica, S.A. (Boletín Oficial de Cantabria de 19 de noviembre 2019, nº 223). Art. 36 del convenio colectivo de personal laboral O.O.A.A Fundación Residencia La Solana (Boletín Oficial de Teruel, nº 101, de 30 de mayo de 2019).

⁶⁴ Entre otros, Plan de Igualdad de la empresa Adaro (Boletín Oficial de la Provincia de Almería nº 22 de 3 de febrero de 2020), plan de Igualdad de la empresa asistencial geriátrica Algodonales (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, nº242, de 20 de diciembre de 2019). Plan de igualdad de la empresa Atech BPO, S.L. (Boletín Oficial de la Provincia de Sevilla nº 165 de 18 de julio de 2019), plan de Igualdad de Atlantic Blue, S.L. 2019-2023), plan de Igualdad de Atlantic Green 2019 – 2023 (Boletín Oficial de la Provincia de Huelva de 16 de Diciembre de 2019 nº 239).

⁶⁵ No se quiere decir que en todos ellos se integren las materias que son objeto del listado. Entre tales planes que detallan el contenido del diagnóstico podemos señalar el Plan de Igualdad de la empresa BC Exclusivas de Publicidad, S.L. (Boletín Oficial de Santa Cruz de Tenerife nº 9 de 20 de enero de 2020), plan de Igualdad de la Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. (INTURJOVEN) (Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 249, 30 de diciembre de 2019).

- Datos cualitativos sobre la empresa en materia de: sector, dimensión, valores, comunicación, compromiso con la igualdad, factores determinantes de la selección de personal, política salarial, de formación y promoción, ordenación del tiempo de trabajo y conciliación, prevención del acoso sexual y por razón de sexo, ayudas y subvenciones, medidas previstas en convenio aplicable.
- Creación de una comisión de igualdad, determinando su composición y funciones.
- Período de vigencia.
- Resultado final del diagnóstico.

c) Finalmente, por su especial incidencia tras la reforma operada en 2019, destacan las referencias a los sujetos que participan en la elaboración:

- El diagnóstico lo elabora la empresa⁶⁶.
- Realización del diagnóstico en colaboración con una entidad externa⁶⁷.
- Constituyen la comisión de igualdad determinando su organización interna⁶⁸.
- Se refieren a los anteriores sujetos que analizan de forma conjunta con la empresa el resultado del diagnóstico⁶⁹.
- Se refieren a la comisión de igualdad o a los representantes legales sujetos que han elaborado el diagnóstico⁷⁰.

⁶⁶ Plan de Igualdad de la promotora Detallistas de Alimentación S.A. (Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, nº 182, 24 de septiembre de 2019), plan de Igualdad Peninsular de Servicios de Intermediación S.L. (Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba, nº 137, 19 de Julio de 2019).

⁶⁷ Plan de Igualdad de la empresa Fundación Comarcas Mineras 2019/2020 (Boletín Oficial del Principado de Asturias nº 247 de 26 de diciembre 2019). Se refiere al asesoramiento externo por dos agentes de igualdad el III Plan de Igualdad entre Mujeres y Hombres y Protocolo de actuación frente al acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso moral de la empresa Servicios Asistencias a la Comunidad España (Diario Oficial de Castilla la Mancha nº 136, 12 de julio de 2019).

⁶⁸ A modo de ejemplo, el Comité de Igualdad de Adaro se forma por la representante legal de la empresa y, en representación de los trabajadores y trabajadoras, un miembro de la representación legal, psicóloga y responsable de terapia ocupacional y la supervisora y auxiliar ayuda a domicilio. En el Plan de Igualdad de Excavaciones Geos S.L. (Boletín Oficial de la Provincia de Alicante, nº 229 de 2 de diciembre de 2019) se constituye un Comité de Igualdad, diagnóstico y diseño del Plan de Igualdad integrado por la dirección de esta mercantil, junto con la representación de las trabajadoras y trabajadores en la misma y se insta a los trabajadores a que sean parte activa en todo el proceso de elaboración. Aunque confiesan la colaboración de agentes externos en su elaboración, el Plan de Igualdad de Servicios Asistencias a la Comunidad España establece que “La Comisión de Igualdad emana de la empresa, tiene carácter paritario y está formada por representantes del personal, representantes de la Dirección de la empresa y dos asesores/as en materia de igualdad. Su misión principal es promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, mediante el análisis de los estudios y diagnósticos que se realicen en el seno de la empresa”.

⁶⁹ Como ejemplo, el Plan de Igualdad de la empresa BC Exclusivas de Publicidad, S.L. (Boletín Oficial de la Provincia de Santa Cruz de Tenerife, nº 9, 20 de enero de 2020). Establece que la Comisión de Igualdad procederá a realizar un nuevo diagnóstico el Plan de Igualdad de COPIMUR, S.L. (Boletín Oficial de la Región de Murcia nº 154, 6 de julio de 2019). El ya citado Plan de Igualdad de la Empresa Andaluza de Gestión de Instalaciones y Turismo Juvenil, S.A. incluye entre las funciones de la Comisión de Igualdad la de aprobar el diagnóstico de la empresa en materia de igualdad.

⁷⁰ Sí se refiere en cambio a un plan negociado el Plan de Igualdad de Caja Rural de Zamora (Boletín Oficial de la Provincia de Zamora nº 131, 8 de noviembre de 2019). También el Plan de Igualdad de la empresa Productos Solubles S.A. (Boletín Oficial de la Provincia de Palencia nº 105, 3 de septiembre de 2019).

4. Propuestas de mejora

La reforma operada por el RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo ha mejorado y despejado bastantes incógnitas surgidas en torno a la configuración del diagnóstico previo. A pesar de su regulación más detallada en cuanto a los sujetos legitimados para su elaboración o el contenido, se debe admitir que presenta importantes carencias que quizás puedan ser paliadas por el futuro Reglamento de desarrollo de esta materia, si es que esto llega a producirse.

Además, se pone de manifiesto cómo todavía los convenios y planes de igualdad aprobados tras la reforma no han interiorizado debidamente las nuevas pautas en materia de elaboración del diagnóstico, especialmente en lo referido al deber de negociarlo con los representantes de los trabajadores.

Ante las dificultades de aplicación de la normativa vigente sobre el diagnóstico previo a la elaboración del plan de igualdad, concluimos el presente trabajo señalando algunas propuestas de mejora que habrían de integrar el contenido del prometido Reglamento de desarrollo de los arts. 45 y 46 LOI:

- Aclarar quiénes deben formar parte de la comisión negociadora del diagnóstico de la empresa en materia de igualdad y establecer pautas orientativas sobre sus funciones y composición. No obstante, no parece ser esta una preocupación de quienes elaboran las normas pues ni siquiera se ha referido a su posible concreción en el futuro Reglamento de desarrollo de los planes de Igualdad.
- Concretar si resulta obligatorio incluir en el diagnóstico a trabajadores de empresas de trabajo temporal o de contratas y subcontratas.
- Crear una herramienta unificada a nivel estatal para elaborar el diagnóstico, incluyendo sistemas de recopilación de datos y modelo de informe final.
- Exigir la publicación del diagnóstico junto con el plan de igualdad para garantizar el acceso a la información del mismo a todos los sujetos interesados.
- Aumentar la cifra de empresas obligadas a elaborar planes y, por ende, diagnósticos negociados, incluyendo aquellos planes que son frutos de sustitución de sanciones accesorias o incluso los voluntarios.
- Ampliar el número de sujetos que pueden beneficiarse de la subvención para elaborar un plan de igualdad, para garantizar que sean más empresas las que los concierten y no sea excusa la falta de medios.

Aplicación y gestión de los planes de igualdad. La asignatura pendiente

Application and management of equality plans. The pending subject

ALEJANDRA SELMA PENALVA *

*Profesora Titular de Universidad. Departamento
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Murcia*

ORCID: 0000-0003-2116-0057

Recibido: 14/03/2020

Aceptado: 05/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5385>

Resumen. El legislador, constantemente intenta introducir mecanismos para favorecer la plena igualdad entre mujeres y hombres en el entorno laboral. Con el RD-Ley 6/2019 se intentan combatir algunos problemas que existían y que restaban eficacia práctica a los planes de igualdad. Pese a todo, todavía quedan cuestiones pendientes de respuesta que sería oportuno clarificar en un futuro cercano con el fin de aprovechar todo el potencial intrínseco que sin duda tienen los planes de igualdad, aunque hasta ahora, sus efectos reales hayan sido mucho menores a los esperados.

Palabras clave: plan de igualdad, reformas legales, propuestas de mejora, seguimiento y control.

Abstract. The lawgiver constantly tries to introduce mechanisms to promote full equality between women and men in workplaces. The RD-Law 6/2019 tries to fight against some problems that existed and that made practical equality plans less effective. In spite of everything, there are still questions pending answer that it would be opportune to clarify in the near future in order to take advantage of all the intrinsic potential that equality plans undoubtedly have, although, until now, their real effects have been much less than expected.

Keywords: equality plan, legal reforms, improvement proposals, monitoring and control.

* aselma@um.es

1. El plan de igualdad como figura dinámica

Pese a que la LO 3/2007 lleve ya prácticamente trece años de vigencia, sorprende comprobar los escasos efectos prácticos que ha dejado sentir en el entorno laboral. Pese al carácter tajante de sus postulados, no se ha logrado combatir la brecha de género en salarios y pensiones que, año tras año, confirman los datos estadísticos. Año tras año las mujeres siguen presentando mayores tasas de temporalidad y parcialidad que los varones, concentrando la práctica totalidad de las situaciones de excedencia y reducción de jornada por cuidado de hijos que se solicitan en España, y ocupando las categorías profesionales de menor cualificación y retribución¹. Parece entonces que, la obligación de incluir la perspectiva de género (85.1. *in fine* ET), en general, y el plan de igualdad, en particular previsto para las empresas de más de 150 trabajadores (por el momento), no han sido suficientes para remediar el problema.

Precisamente por lo que respecta a los planes de igualdad como estrategias directamente destinadas a combatir la desigualdad de género en la empresa, se ha de poner de manifiesto que, muchas veces, por error o negligencia, no se hace de ellos una utilización correcta, por lo que difícilmente van a poder cumplir el objetivo que los justifica.

Uno de los errores más frecuentes consiste en creer que el proceso de elaboración de un plan de igualdad concluye en el momento en el que los negociadores acuerdan una serie de medidas de actuación. Nada más lejos de la realidad.

Es importante insistir en que todas las fases implícitamente referenciadas en el texto de la ley, son imprescindibles para la constitución de un verdadero plan de igualdad: diagnóstico, negociación², seguimiento y evaluación. Todas ellas son igualmente importantes para garantizar que el plan de igualdad cumpla los objetivos que le dan razón de ser. Y es que en realidad el legislador ha previsto un sistema basado en el sistema de *ensayo-error*, en virtud del cual, a las iniciativas inicialmente previstas para lograr mejorar la igualdad de género en la empresa, necesariamente hay que sumar una serie de técnicas destinadas a garantizar el efectivo cumplimiento de las previsiones del plan, a corregir las deficiencias detectadas en materia de igualdad de géneros y, posteriormente, sustituirlas por otras si con el transcurso del tiempo éstas no demuestran alcanzar los resultados esperados. Si se omite o posterga cualquiera de estas fases, el plan de igualdad pasará a tener un valor meramente simbólico dentro de la estructura empresarial, sin aplicabilidad real. La propia esencia del plan de igualdad, lo hace estar destinado a ser un instrumento de mejora de la política de igualdad implantada en la empresa, y para lograrlo, resulta imprescindible configurarlo como un instrumento dinámico, abierto a constantes actualizaciones y mejoras.

¹ Datos que cada año, confirman las estadísticas publicadas por el INE, y cuyo alcance práctico, se valora en AAVV, "Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España", Consejo Económico y Social, Madrid, 2019.

² Cuestión sobre la que insisten las SSTS (Sala de lo Social), de 9 de mayo de 2017 (nº. rec. 85/2016) y de 13 de septiembre de 2018 (nº. rec. 213/2017), recordando la imposibilidad de las empresas de elaborar un plan de igualdad de forma unilateral y la nulidad del plan promulgado sin cumplir estos presupuestos (se infiere que, sin que hayan mediado maquinaciones insidiosas, intencionadamente destinadas a paralizar el proceso negociador).

Así pues, técnicamente sólo podrán recibir la calificación de “planes de igualdad” aquellos textos elaborados siguiendo el procedimiento descrito y sin omitir ninguna de sus fases, que finalmente sean aprobados en el seno de un proceso de negociación con los trabajadores (de hecho, habitualmente, suelen formar parte del texto de un convenio colectivo, aunque también pueden aprobarse en el seno de un proceso negociador *ad hoc*).

Pese a ello, es habitual comprobar que, nuestras empresas utilizan de forma extremadamente amplia la calificación de “plan de igualdad”, para hacer referencia a compromisos que, en realidad, no se ajustan en absoluto a la denominación que les ofrecen. Así pues, no cabe calificar como un verdadero “plan de igualdad” las posibles medidas o conjunto de medidas que, llegado el momento, pudiera reconocer de forma unilateral el empresario, aunque éstas persiguiessen mejorar la igualdad entre hombres y mujeres en el seno de la empresa, sin haber cumplido el trámite de consulta con los representantes de los trabajadores que exige la norma. Tampoco serán verdaderos planes de igualdad las declaraciones de intenciones, las reiteraciones de los derechos ya contemplados en la ley en materia de conciliación e igualdad de género, o las cláusulas que, por ser excesivamente genéricas, no tengan exigibilidad directa³.

2. La olvidada comisión de igualdad y su valor esencial en el proceso de elaboración, seguimiento y revisión de los planes de igualdad

Precisamente por lo que respecta a las fases de control y evaluación de la incidencia práctica de las medidas aportadas, resulta especialmente importante disponer del apoyo de personal de la empresa que, específicamente, tenga atribuidas estas funciones. De tal forma, aunque, a juzgar por la LO 3/2007, no forma parte del contenido mínimo del plan de igualdad, resulta aconsejable constituir una “comisión de igualdad” que será la encargada no sólo de valorar los datos estadísticos obtenidos, sino también de proponer las estrategias destinadas a solventar los problemas detectados, comprobar su correcta ejecución, y llegado el caso, plantear su eventual supresión, revisión o mejora, dependiendo de cuál haya sido la evolución de la situación en la empresa.

En la práctica se trata de un tipo de comisión que puede recibir diferentes denominaciones (comisión de igualdad, comité de igualdad, comisión de seguimiento, etc.) y que se crea con la finalidad de facilitar la elaboración de los planes de igualdad y de actuar como garante del efectivo cumplimiento de las obligaciones legales y también de los com-

³ Es por todos conocido que la LO 3/2007 establece que los planes de igualdad han de ser un conjunto coordinado de medidas tendentes a alcanzar la igualdad de género en la empresa, pero no se puede olvidar que lo que la citada norma persigue es que se trate de guías de actuación efectivas, con operatividad práctica que se traduzca en la consecución real de los objetivos propuestos. Por ese motivo, el segundo párrafo del art.46.1 de la citada Ley de Igualdad concreta que “*los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a alcanzar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados*”. Sobre este tema, véase: AAVV (2016), “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

promisos que se hayan podido adquirir en la empresa en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres⁴.

Son muchas y variadas las funciones que estas comisiones pueden tener atribuidas. Estas funciones, a su vez, pueden clasificarse en cuatro momentos o etapas –coincidentes con las fases o etapas de las que se compone un plan de igualdad–⁵, como la elaboración de un diagnóstico de situación, la selección de las medidas que se propone implantar en la empresa y realizar la supervisión y control de su correcta aplicación, centralizando las reclamaciones y sugerencias que los trabajadores pudieran realizar al respecto, así como realizar la ponderación final del impacto real de las medidas adoptadas y la valoración de su grado de efectividad para lograr los objetivos marcados. También puede ser muy útil para evaluar y reformular el contenido del plan una vez cumplida su vigencia inicial, realizando un borrador de nuevas medidas de actuación sobre el que centrar el proceso de negociación. Como se puede apreciar, estas etapas coinciden con las fases que en la práctica ha de cumplir todo plan de igualdad (elaboración, aplicación, supervisión y reestructuración), deduciéndose entonces que la comisión de igualdad acompaña al plan de igualdad a lo largo de toda su existencia. De esta forma, las funciones atribuidas a la comisión de igualdad no serán puntuales, sino constantes a lo largo del tiempo.

Junto a estas funciones básicas, pueden encontrarse otras que completarían su ámbito funcional: prevenir, detectar y erradicar cualquier manifestación de discriminación de género, directa o indirecta; realizar la interpretación de preceptos confusos del plan de igualdad o de situaciones polémicas que, en materia de igualdad de oportunidades, se hayan podido suscitar en la empresa y que inicialmente no estuvieran recogidas en el plan de igualdad; e incluso, la posibilidad de elaborar dictámenes técnicos sobre aspectos relacionados con la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo a solicitud de la dirección de la empresa, de los representantes de los trabajadores o de la comisión paritaria. Además, con el fin de garantizar que el principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres se respeta escrupulosamente en el acceso y en la promoción profesional en la empresa, se debería prever la participación en las comisiones de selección o en las comisiones de contratación de personal de uno o varios miembros de la comisión de igualdad, evitando así que tengan lugar ciertos episodios de discriminación en el empleo.

Al mismo tiempo, si se ha creado este tipo de comisión, será ella la que realice la investigación y el análisis de los hechos acaecidos en los supuestos de acoso laboral, y la que lleve a cabo la labor de mediación que pueda ser necesaria para solventar determinado tipo de controversias suscitadas entre la empresa y los trabajadores, los trabajadores entre sí, o incluso, entre personal de la empresa y personal ajeno a ella (como clientes o

⁴ Sobre la utilidad de este tipo de comisiones para llevar a cabo la negociación, control y seguimiento de la implantación de los planes de igualdad en la empresa, véase MENDOZA NAVAS, N., MENÉNDEZ CALVO, R., OTAEGUI JÁUREGUI, A., (2008), "Comisiones específicas de igualdad, atribución puntual de competencias a la "Civea" o creación de otro tipo de comisiones, en AAVV, "La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar" (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), Cinca, Madrid, págs. 314-325.

⁵ Sobre las distintas fases que ha de integrar todo plan de igualdad, véase FABREGAT MONFORT, G., "Planes de igualdad", en AAVV (2013) "Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización", (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Ed. Cinca, págs. 176-187.

proveedores) que actuará como trámite imprescindible antes de emprender acciones judiciales encaminadas a determinar si ha existido vulneración del derecho a la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres.

Y no sólo eso. Dado que el conocimiento generalizado del plan de igualdad, garantiza que los trabajadores soliciten las medidas que en él se recojan y exijan su cumplimiento, resulta aconsejable atribuir también a este órgano la labor de difusión no sólo de las actuaciones que se han puesto en marcha y los avances de la empresa en materia de igualdad de oportunidades, sino también, de las diferentes medidas normativas vigentes en materia de conciliación y promoción de la igualdad, paradójicamente, muchas veces desconocidas por los trabajadores, haciendo especial hincapié en las reformas normativas más recientes.

Razones de lógica, llevan a proponer que, la comisión de igualdad, además de paritaria, de composición equilibrada y configurada por un número no demasiado elevado (para no dificultar su labor) de personas que previamente hayan recibido formación en materia de género, debe garantizar cierta estabilidad en nombramiento a sus integrantes. Y es que sólo las personas que participaron en la elaboración del plan, conocen la situación de partida en la que se encontraba la empresa, la razón de ser y la finalidad que perseguían las estrategias de actuación que se han implantado, podrán realizar un seguimiento útil y efectivo del grado de cumplimiento del plan de igualdad y valorar, en sus justos términos, los alcances reales que se hayan podido alcanzar, emprendiendo acciones de mejora apropiadamente motivadas contando con una visión global del éxito o fracaso de las medidas inicialmente aprobadas. En caso contrario, la rotación excesiva de sus componentes, puede conllevar la aplicación de unas estrategias cambiantes, dispares y descoordinadas⁶.

En definitiva, una comisión de igualdad no es más que una concreta comisión de trabajo constituirá en el seno de una empresa que tiene atribuidas las funciones específicas de velar por el respeto de la igualdad de oportunidades en el entorno empresarial⁷.

3. El papel de los planes de igualdad ante las solicitudes de adaptación de jornada previstas en el art. 34.8 ET tras la reformulación del derecho ofrecida por el RD-Ley 6/2019

Precisamente a estos efectos, conviene revalorizar el papel que puede desarrollar la comisión de igualdad en torno a la concreción de las solicitudes de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo, de ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación de servicios por motivos de conciliación, prevista en el art. 34.8 ET, y

⁶ Y es que se ha de tener presente que la existencia de una comisión de igualdad, puede facilitar en gran medida la elaboración y seguimiento que exige la puesta en práctica de todo plan de igualdad. Sobre la necesidad de realizar una correcta implantación y ejecución de los planes de igualdad en las empresas para poder obtener los distintivos de igualdad en las empresas, véase MENENDEZ CALVO, R. (2011), "Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº. 4, págs. 167-197.

⁷ Respecto a su estructura y funcionamiento, véase el estudio detallado que realiza MENDOZA NAVAS, N. (2010), "Comisiones de Igualdad", en AAVV, "Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización" (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo), Cinca, Madrid, págs. 160-175.

reformulada por el RD-Ley 6/2019. Literalmente, el legislador prevé que, es la empresa la que, en ausencia de reglas *ad hoc* plasmadas en negociación colectiva (puede ser a través de la vía del acuerdo colectivo y no necesariamente del convenio colectivo), abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de 30 días, finalizado el cual la empresa comunicará su decisión, aceptándola, formulando propuesta alternativa, o planteando una negativa justificada.

Pero, dentro de la empresa ¿quién desarrollará estas funciones? Habida cuenta del texto de la ley, se entiende que el empresario o la persona en la que éste delegue (que, posiblemente, será el director del departamento de recursos humanos, en las empresas que cuenten con esta figura). Y es entonces cuando se aprecia el importantísimo papel que los planes de igualdad pueden desarrollar al respecto, pues a través de estas herramientas, los negociadores pueden: no solo atribuir la decisión y justificación a una comisión paritaria, previamente formada en cuestiones de género (para lo cual, resulta particularmente útil crear una comisión de igualdad), sino también fijar una serie de reglas destinadas a concretar las condiciones y requerimientos que será necesario exigir para que la adaptación de horario o jornada solicitado por el trabajador no afecte a la organización productiva. Y no solo eso, aunque el art. 34.8 ET no haga referencia a este extremo, las reglas de la lógica permiten concluir la importancia de registrar el contenido y la respuesta ofrecida a cada solicitud, con el fin de garantizar que se otorga a todos los solicitantes una respuesta uniforme e igualmente razonada, sin realizar concesiones que dependan más de preferencias o simpatías personales, que de verdaderos criterios, objetivos y justificados, de concesión.

Para ello, se hace imprescindible interpretar el art. 34.8 ET a la luz de las previsiones de transparencia que formula el art. 47 LO 3/2007, y entender así, que los representantes de los trabajadores tienen derecho de información y acceso, a los registros de las actuaciones efectuadas ante las citadas solicitudes, tanto si la valoración y respuesta a la petición la formula directamente la empresa, o de si se canaliza a través de la comisión para la igualdad que se haya podido constituir al efecto. Y es que, no se puede negar que, aunque el legislador no lo advierta, dicha información constituye uno de los datos imprescindibles de los que pueden disponer los representantes legales de los trabajadores para efectuar el diagnóstico de la situación necesario para valorar la situación de la empresa.

Esos sí, cuando los representantes legales de los trabajadores manejen dicha información, no se puede olvidar que deberán mantener el deber de sigilo que marca el art. 65 ET. Y es que, aunque no existe ningún obstáculo para manejar y difundir datos tales como el número total de solicitudes aceptadas o rechazadas dentro del total de las presentadas, se ha de preservar en todo momento la intimidad de los solicitantes.

4. Planes de igualdad de ámbito de sector. Su utilidad en el tejido productivo español

Aunque el Estatuto de los Trabajadores plantee la negociación colectiva, como el instrumento idóneo para mejorar la igualdad de trato y oportunidades en el entorno empresarial (bien sea incluyendo la igualdad de género en sus negociaciones, bien elaborando

un plan de igualdad cuando legal o voluntariamente resulte obligada a ello), se ha de ser consciente de que, en muchas ocasiones, no será fácil recurrir a esta vía de actuación. Y es que, dado que gran parte del tejido productivo de nuestro país se integra por PYMES, muchas veces, emprender un proceso de negociación colectiva de ámbito empresarial resultará muy complejo o incluso imposible (por lo que respecta a las empresas de menos de 6 trabajadores que carecen de representación sindical).

Adviértase que, aunque el reciente RD-Ley 6/2019 haya rebajado el número mínimo de trabajadores necesario para imponer la obligación de elaboración de un plan de igualdad de 250 a 50 (cambio que resultará plenamente operativo en el año 2021), realmente, esta modificación va a tener una importancia práctica mucho más reducida de lo que a primera vista parece. Como los datos oficiales se ocupan de confirmar, nada menos que el 99% de las empresas españolas tienen actualmente menos de 50 trabajadores en su plantilla y, por lo tanto, ni siquiera tras la reforma, quedará afectada por la obligación de elaboración de un plan de igualdad⁸.

Ante esta situación, y aunque el legislador no haga referencia alguna a esta cuestión, se hace imprescindible revalorizar el papel que a estos efectos pueden desempeñar los acuerdos o pactos de empresa, por una parte, y por otra, los convenios colectivos de ámbito de sector. En este contexto, resulta fundamental reflexionar sobre el valor que, en su caso, podría tener un plan de igualdad de ámbito de sector⁹. La práctica demuestra que son diversos los sectores de actividad los que optan por asumir compromisos de este tipo, incluyéndolos como anexos a los convenios colectivos. Y si esto es así, ¿qué se pretende con ello?

Resulta obvio insistir en que, tal y como dispone la LO 3/2007, la obligación de elaborar planes de igualdad recae únicamente sobre las empresas¹⁰, bien porque superen el número mínimo de trabajadores exigido por la ley (50, 150 o 250, según el momento), porque previamente hayan sido sancionadas en materia de igualdad y no discriminación, o bien porque voluntariamente hayan asumido el citado compromiso en el seno de un proceso de negociación colectiva, por lo que, por supuesto, la hipotética existencia de un plan de igualdad de ámbito de sector nunca podrá eximir a las concretas empresas de cumplir las obligaciones legales que, en su caso, le correspondan. Tampoco las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación a las que legalmente se les exija elaborar un plan de igualdad pueden limitarse a copiar o remitir a lo previsto al plan de igualdad del ámbito de sector para cumplir su obligación. Y es que todo plan de igualdad exige un proceso previo de elaboración individualizada (cfr. art.46.1. *in fine* LO 3/2007), destinado a garantizar la razonabilidad de las medidas acordadas y su utilidad para solventar los problemas detectados.

Una vez hechas estas advertencias, son dos las cuestiones fundamentales que obliga a plantear la existencia de un plan de igualdad de ámbito de sector: 1º. Aunque la empresa

⁸ Como consta en los últimos datos proporcionados por el Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, en enero de 2019 <http://www.ipyme.org/es-ES/ApWeb/EstadísticasPYME/Documents/CiifrasPYME-enero2019.pdf>.

⁹ Sobre este tema, véase, *in extenso*, FABREGAT MONFORT, G. (2012), “La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial”, en AAVV, “Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género” (dir. MOLINA HERMOSILLA, O.), Comares, Granda, págs. 61-90.

¹⁰ En este sentido, los arts. 45 y 46.1 de la LO 3/2007 no generan duda alguna acerca de ello.

no alcance el número de trabajadores previsto normativamente para quedar obligada a elaborar un plan de igualdad, ¿puede un convenio sectorial obligar a todas las empresas incluidas en su ámbito de aplicación a elaborarlo, aunque no alcancen el número legalmente previsto de trabajadores? Y, 2º. ¿Puede un convenio sectorial introducir un plan de igualdad en virtud del cual se aprueben medidas de actuación que resulten directamente aplicables a todas las empresas incluidas dentro de su ámbito de aplicación?

Parece que, respetando siempre las reglas de la concurrencia de convenios, un análisis minucioso de la legislación vigente permite ofrecer una respuesta afirmativa a ambas cuestiones.

Así pues, es habitual que la negociación colectiva de ámbito de sector, utilice la fórmula del plan de igualdad para rebajar ligeramente la obligación legal de las empresas de su ámbito (obligando así a elaborar planes individualizados de igualdad, por ejemplo, a las empresas de más de 200, 150 o 100 trabajadores, según legislación anterior, o 40, 30, 25, siguiendo la regulación vigente). Aunque menos frecuente en la práctica, no existe ningún obstáculo legal que impida a los planes sectoriales incluir compromisos directamente aplicables en todas las empresas de su ámbito y exigibles por todos los trabajadores. Un buen ejemplo de ello lo constituye el hecho de permitir disfrutar la hora por lactancia acumulada en jornadas completas, otorgar preferencia en la elección de turno de vacaciones a las personas con hijos menores de 12 años o declarar festivos no recuperables días señalados como el 24 o 31 de diciembre, entre otras situaciones.

Ahora bien, lo que no se puede negar es que, desaprovechando todo el potencial que podrían tener, la gran mayoría de planes de igualdad de ámbito de sector promulgados en España, más que en introducir compromisos concretos, se centran simplemente en adelantar a las empresas un esquema de las distintas materias que deberán abordar en el caso de que, en algún momento, alcancen el número de trabajadores suficiente para resultar obligadas a elaborar un plan de igualdad. Es decir, este plan de igualdad de ámbito de sector suele constar simplemente de indicaciones básicas que tienen como finalidad simplificar después la negociación en el ámbito de empresa¹¹. Es entonces cuando resulta oportuno reparar en la que la modificación que introduce el RD-Ley 6/2019 sobre el art. 46 LO 3/2007, ha restado importancia a este tipo de indicaciones, haciéndolas prácticamente en superfluas, pues ya el propio texto de la ley enumera de forma minuciosa, las distintas materias que deberá abordar un plan de igualdad y que constituirán su contenido mínimo.

5. La nulidad del plan

Aunque la nulidad, total o parcial, del convenio colectivo es un asunto que ha sido abordado judicial y doctrinalmente en múltiples ocasiones¹², no se ha prestado, por el momento

¹¹ Como se pone de manifiesto en AAVV (2016), “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

¹² Entre otros, véanse PÉREZ PÉREZ, M. (1982), “La nulidad parcial del convenio colectivo”, *Revista española de De-*

la misma atención a la posible nulidad de un plan de igualdad. Pese a lo que a primera vista pudiera parecer, tampoco cabe aplicar por analogía las mismas reglas previstas para la nulidad del convenio, puesto que, no siempre la situación será coincidente. Recuérdese a estos efectos, que el legislador, a al ahora de contemplar cuáles son los trámites y presupuestos necesarios para elaborar un plan de igualdad, se muestra dividido entre la negociación y la consulta¹³, lo que, sin duda, introduce un importante margen de confusión al respecto.

En torno a esta situación (interpretando conjuntamente tanto los apartados 2 y 4 del art. 45 LO 3/2007, como el art. 85 ET) se ha dicho que sólo las empresas que legal o administrativamente resulten obligadas a elaborar un plan de igualdad, deberán respetar un proceso de negociación con los representantes de los trabajadores, en el que, se infiere, que deberán respetarse las mismas mayorías necesarias para aprobar un convenio colectivo, sin las cuales, se deberá declarar la nulidad del plan. Por el contrario, en el resto de empresas que no alcance el suficiente número de trabajadores, pero que voluntariamente deseen implantar un plan de igualdad, bastará respetar un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores (que, se deduce, terminará en la aprobación de un acuerdo de empresa sobre la materia)¹⁴.

Aunque, por el momento, siempre en torno a problemas prácticos suscitados en empresas de más de 250 trabajadores, nuestra jurisprudencia ha ido perfilando esta cuestión, insistiendo en la nulidad de un plan de igualdad impuesto unilateralmente por la empresa, y también, de aquél aprobado sin contar con la mayoría suficiente de representantes legales de los trabajadores, o excluyendo de la mesa de negociación a uno de los sindicatos de mayor representación en la empresa¹⁵. Pese a todo, quedan todavía diversas cuestiones pendientes de respuesta:

Resulta en la práctica bastante operativo que sea la comisión e igualdad (en el caso de que se haya constituido una en la empresa) la que prepare el borrador de plan de igualdad

recho del Trabajo, nº. 9, págs. 613-640; GARCÍA BLASCO, J. (2009), "De la eficacia normativa del convenio colectivo y los efectos de su nulidad", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº.1.

¹³ ROMERO FUENTES, J. (2018), "Algunas cuestiones en torno al deber de negociar planes de igualdad", comunicación presentada a la mesa "Los retos de la negociación colectiva en materia de desigualdad y brecha salarial", de las 2es Jornades Jurídiques de Dret Laboral i Sindical, "La precariedad laboral: desigualtat i discriminació", Barcelona, 8 y 9 de noviembre de 2018, página 2, soporte informático, http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/comunicacio_Jessica_Romero_Fuentes_Premi_Josep_Devesa.pdf

¹⁴ También al respecto, ROMERO FUENTES, J. (2018), "Algunas cuestiones en torno al deber de negociar planes de igualdad", comunicación presentada a la mesa "Los retos de la negociación colectiva en materia de desigualdad y brecha salarial", de las 2es Jornades Jurídiques de Dret Laboral i Sindical, "La precariedad laboral: desigualtat i discriminació", Barcelona, 8 y 9 de noviembre de 2018, página 2, soporte informático, http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/comunicacio_Jessica_Romero_Fuentes_Premi_Josep_Devesa.pdf

¹⁵ GARCÍA CAMPÁ, S. (2014), en "Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas", en AAVV, "Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla", Ed. Cortes Valencianas, Valencia, se ocupa de realizar un recorrido por las distintas resoluciones judiciales dictadas en los últimos años ante los conflictos suscitados por la falta de acuerdo en lo que a la composición de la Comisión de igualdad se refiere. En concreto, en la pág. 284 analiza las SSTS de 5 de octubre de 2010 (RC 227/2009), 20 de octubre de 2011 (RC 23/2011) y 24 de enero de 2012 (RC 22/2011), en las que se sostiene que todos los sindicatos participantes en la mesa de negociación del convenio colectivo (aunque finalmente no hayan sido firmantes del mismo) tienen derecho a participar en la Comisión de igualdad (al igual que en cualquier otra comisión de trabajo constituida en la empresa, sea esta una comisión meramente negociadora o una comisión ejecutiva) en proporción a su representatividad, y si se les excluye sólo por el hecho de no haber sido firmantes del convenio colectivo, la designación de los miembros de la citada comisión deberá considerarse nula por haberse producido con violación del derecho fundamental a la negociación colectiva.

que luego someter a negociación o consulta con el resto de representantes de los trabajadores. Pero ¿y si en la citada comisión de igualdad se ha excluido intencionadamente a algún sindicato? ¿La nulidad de la composición de la comisión de igualdad determina también la consiguiente nulidad del borrador del plan que ésta hubiera elaborado? ¿Quiere decir que tampoco sirve, ni siquiera el, estudio diagnóstico de la situación que, la citada comisión, hubiese preparado en virtud de los datos facilitados por la empresa? ¿Debe constituirse una nueva comisión de igualdad y reelaborar el trabajo? Se trata de cuestiones, más complejas de lo que a primera vista puede parecer, sobre las que poco a poco, deberá ir pronunciándose nuestra jurisprudencia. Conviene aclarar que, al igual que las empresas no tienen obligación de constituir comisión e igualdad, tampoco existe ninguna previsión legal qué clarifique cuáles deben ser sus competencias y cual su forma de constitución. Aunque pueda parecer obligado por las reglas de la lógica, no existe previsión alguna, que obligue a que las personas que integren, en su caso, la comisión de igualdad, deban seleccionarse entre los representantes de los trabajadores. Y es que, no existe ningún precepto en el que querer apoyar que este tipo de comisión deba ser un subgrupo de trabajo dentro del comité de empresa o de los delegados de personal. Parece entonces que será cualquier trabajador el que pueda desarrollar este tipo de funciones (en particular, si ha recibido formación adecuada para ello), siempre que su forma de designación haya quedado prevista en convenio colectivo, en propio plan de igualdad, se haya acordado en el seno de la comisión paritaria del convenio, o incluso, o sea fruto de acuerdo con el comité de empresa.

Otra de las posibles situaciones en las que cabría plantear la nulidad del plan de igualdad es la que proviene de la incorporación en su texto de una cláusula de vinculación a la totalidad, o incluso, de la inclusión de una cláusula de esta índole en el texto del convenio colectivo del que el plan de igualdad forma parte como anexo. Y es que, en virtud de ellas, una vez que judicialmente se hubiese declarado la nulidad de una de las previsiones del plan o convenio, en lugar de aplicar la respuesta legal que consiste en sustituir esta previsión por el equivalente legal, las partes acuerdan que la totalidad del texto firmado perderá su eficacia. Este tipo de compromisos se basan en considerar el texto del convenio (o en su caso, por qué no, del plan de igualdad), como un todo único, integrado por distintas cláusulas, de forma que la nulidad, por ilegal, de una de ellas, por voluntad expresa de las partes negociadoras, comunica su ineficacia al texto íntegro.

Pero no solo eso. Uno de los problemas que se va a plantear en un futuro inmediato con más frecuencia, proviene de la aplicabilidad real de una de las nuevas obligaciones exigidas a las empresas por el RD-Ley 6/2019. Y es que desde el momento en el que se crea un registro de planes de igualdad, y se obliga a las empresas a inscribir estos textos, ante la ausencia todavía del prometido desarrollo reglamentario, surge la duda de las consecuencias que se van a atribuir al hecho de no solicitar la inscripción del plan ¿se tratará de una conducta sancionable? ¿Provocará la ineficacia del texto? ¿También si la empresa no estaba obligada a elaborar un plan de igualdad, y lo ha hecho voluntariamente con la intención de mejorar la calidad en el empleo de sus trabajadores? Adviértase que respecto a los convenios colectivos solo se sanciona con la nulidad la no formalización por escrito (90.1 ET), mientras que, a la comunicación a la autoridad laboral para su depósito y regis-

tro, solo se condicionan sus efectos *erga omnes*, convirtiéndolo en un acuerdo extraestatutario (86.3 ET), aunque no parece que las mismas consecuencias sean extrapolables a los planes de igualdad no registrados. Y es que, del tenor literal del segundo párrafo del art. 85.1 ET, interpretado a la luz de la razón de ser que inspira la LO 3/2007, se deduce que, por las propias características de la materia negociada, no caben acuerdos extraestatutarios, de eficacia limitada a los sujetos firmantes del acuerdo y sus representados, pues la finalidad que persiguen los planes de igualdad, quedaría totalmente frustrada.

Estas reflexiones, conducen inexorablemente a otra cuestión: ¿qué ocurrirá cuando, presentado un plan de igualdad a registro, la autoridad laboral detectara que una de sus cláusulas contraviene la legislación vigente? ¿Debe la autoridad laboral, en el momento de admitir el plan a registro, realizar un control de legalidad del mismo? ¿Con qué alcance y con qué consecuencias? Además, en el caso de existir una cláusula de vinculación a la totalidad y se detectaran, no ya cláusulas contrarias a la ley, sino cláusulas con un contenido meramente reiterativo de los derechos ya reconocidos en la legislación vigente (como viene siendo sorprendentemente habitual en los planes de igualdad aprobados hasta ahora por nuestras empresas¹⁶), ¿se puede negar la inscripción de estas previsiones? Y si es así ¿se podría considerar que se rompe por ello el equilibrio interno del texto que hubiese incluido un compromiso de vinculación a la totalidad?

6. ¿Cabe el descuelgue del plan de igualdad?

Como es sabido, el art. 82.3 ET, permite a las empresas, de forma motivada, apartarse intencionadamente de lo previsto en convenio colectivo. En concreto, podrán recurrir a esta medida cuando concurran causas ETOP que justifiquen esta decisión. Ahora bien, lo que tradicionalmente quedaba planteado como una solución extrema para garantizar la viabilidad de la empresa, con la reforma del año 2012, revitaliza su alcance, ampliándose de forma exponencial su aplicabilidad.

Sin duda inspirado en el clásico principio civil de *rebus sic stantibus*, del descuelgue salarial previsto en convenio sectorial que tradicionalmente permitía el ordenamiento laboral, se ha pasado a un abanico de objetivos potenciales del descuelgue lo que, unido a la primacía del convenio de empresa sobre el de ámbito de sector en una amplia lista de materias, intenta revitalizar la negociación colectiva de ámbito de empresa. Así, aunque nada impide tampoco a las empresas seguir descolgándose de lo previsto en un plan de igualdad de ámbito de sector, las numerosas materias en las que opera la primacía del convenio de empresa, en la práctica, convierte a los descuelgues, en la posibilidad de la empresa de inaplicar las condiciones previstas en su propio convenio cuando varíe su si-

¹⁶ Forma patológica de elaboración de planes de igualdad, con la que, sin duda, se pone de manifiesto el profundo desconocimiento de negociadores, empresarios y trabajadores de cuáles son los derechos reconocidos en la legislación vigente, y por ese motivo, consideran un verdadero avance en el proceso negociación lo que no es más que una reiteración del texto de la norma, como se indica en AAVV (2016), “*El principio de igualdad en la negociación colectiva*”, SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.

tuación económica, técnica u organizativa. Ante esta situación, cabe plantear varias cuestiones, todavía no abordadas ni doctrinal ni jurisprudencialmente:

En el caso de que existiera un plan de igualdad de ámbito de sector, ¿podrían las empresas incluidas en él, descolgarse de sus previsiones? Y por otra, ¿puede una empresa descolgarse, con el paso del tiempo, de su propio plan de igualdad? ¿Y si éste se ha previsto, no por convenio colectivo de ámbito de empresa, sino por acuerdo de efectos colectivos? ¿Cabría recurrir a la técnica de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo? Aunque no lo parezca, son cuestiones más complejas y de mayor trascendencia práctica de lo que a primera vista se pudiera anticipar.

Estrictamente, el art. 82.3 ET, al hacer referencia a la posibilidad de acordar el descuelgue con los representantes legales de los trabajadores, expresamente advierte que “*el acuerdo de inaplicación, no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa*”. Ahora bien, una valoración individualizada de esta afirmación, suscita dudas razonables en torno al verdadero alcance de esta disposición.

1º duda. Teniendo en cuenta que, la propuesta empresarial de inaplicación de las condiciones del convenio puede ser aceptada en periodo de consultas con los representantes de los trabajadores, remitirse para la solución de discrepancias a la comisión paritaria del convenio, recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos si se hubieran previsto, o en defecto de acuerdo y posibilidad de solución extrajudicial de conflictos, remitirse para la toma final de la decisión a la comisión consultiva nacional de convenios colectivos o a los órganos equivalentes previstos en las CCAA, ¿qué es lo que ha querido limitar el legislador? ¿Toda decisión que minore los derechos reconocidos en el plan de igualdad? ¿O solo la que provenga de acuerdo con los representantes de los trabajadores como textualmente dispone el precepto? Si esto es así, ¿quiere decir que estas limitaciones, sí podrían venir impuestas, por ejemplo, por laudo arbitral? La comisión consultiva a la que se recurre en último lugar para la toma de la decisión final ¿puede sacrificar alguno de los derechos previstos en el plan persiguiendo el objetivo de adecuar la intensidad de las cargas empresariales, a sus posibilidades reales de asumirlas, cuando ha cambiado la situación de partida?

2º duda. Literalmente, el art. 82.3 ET hace referencia a la prohibición del descuelgue respecto a las obligaciones establecidas en convenio colectivo destinadas a “la eliminación de las discriminaciones por razones de género”, o de las que “estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad”. Con esta expresión, no del todo afortunada, ¿se pretende limitar el descuelgue de cualquiera de las previsiones incluidas en el plan de igualdad, o solo las previstas para eliminar discriminación por razón de género que se hubiesen detectado?

Se trata de una cuestión de importancia fundamental para poder conocer cuál es el verdadero alcance de las posibilidades de inaplicación, total o parcial, del plan de igualdad por la vía del descuelgue. Basta solo un superficial acercamiento a los planes de igualdad para saber que, con ellos, no solo se pretenden eliminar factores de discriminación, sino favorecer la igualdad entre mujeres y hombres en todos los aspectos y facetas relacionados con la prestación de servicios, y para lograrlo, se ha de llevar una política mucho

más amplia y variada que la que implicaría simplemente la eliminación de los factores de discriminación. Y es que, ¿existe discriminación, aunque sea indirecta, en establecer en la empresa un sistema de trabajo basado en la jornada partida? Los complementos por productividad en sí mismos ¿son discriminatorios? ¿Y el hecho de prever turnos rotatorios en el disfrute de las vacaciones? ¿Está discriminando a la mujer una empresa que no potencia que los varones disfruten de excedencias y reducciones de jornada por cuidado de hijo? ¿Se puede obligar a una mujer a asumir un puesto de dirección que no desea, solo para mantener el equilibrio de géneros? Contemplar o no contemplar, días por asuntos propios o la posibilidad de recurrir al teletrabajo, ¿puede considerarse una medida destinada a combatir episodios de discriminación, aunque sea indirecta, por razones de género? Parece entonces más razonable entender que los planes de igualdad, además de estar destinados a poner de manifiesto formas veladas de discriminación que subyacen en la estructura empresarial, evitando que se perpetúen, con el consiguiente perjuicio que ello causaría al empleo femenino, también dedican importantes esfuerzos a favorecer que hombres y mujeres tengan la misma presencia en todas las categorías y modalidades contractuales, y a estudiar estrategias destinadas a atenuar la brecha de género, lo que comprende actuaciones muchísimo más variadas que lo que meramente implicaría reconocer episodios de discriminación. Y si esto es así ¿qué es lo que el art. 82.3 ET intenta evitar? ¿Inaplicar cualquiera de las medidas previstas en el plan de igualdad, o solo las expresamente destinadas a impedir que se desarrollen prácticas discriminatorias (y, por lo tanto, recordemos que, ilegales por propia naturaleza, sin necesidad de que el plan las recoja como tales) en el concreto entorno empresarial al que queda referido?

3º duda. Cuando el art. 82.3 ET hace referencia a la imposibilidad del descuelgue de las medidas antidiscriminatorias previstas en convenio colectivo o en el plan de igualdad *aplicable en la empresa* ¿se refiere a cualquier plan que resulte aplicable a esa concreta empresa, como podrían ser las previsiones de género incluidas en el plan de sector correspondiente o solo a lo previsto en el seno de la propia empresa?

Para contestar a esta pregunta, resulta fundamental recordar que, entre las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa sobre la regulación sectorial (84.2 ET) se encuentran, formando parte de una lista tasada, tanto c) "El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones", como "la adaptación en el ámbito de empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores", o f) "Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal", aspectos en los que, por lo general, suele centrarse todo plan de igualdad, por lo que deja poco margen a un hipotético descuelgue de previsiones destinadas a favorecer la igualdad de género que se hubieran podido incluir en un plan de igualdad sobre el que después poder descolgarse por razones ETOP, (salvo, quizá todo lo relacionado con la preferencia en el empleo y acceso al ascenso del sexo menos representado, respecto al cual resulta difícilmente justificable su eliminación por causas ETOP).

A la vista de estas reflexiones, puede todavía afirmarse que, aunque el legislador permite el descuelgue de aspectos tales como la jornada de trabajo, el horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración y

cuantía del salario, el sistema de trabajo y rendimiento y las mejoras voluntarias de la Seguridad Social (82.3 ET), con las cuales se pueden conseguir grandes avances en la igualdad de género en la empresa, si éstas medidas se han incluido en el texto de un plan de igualdad, ¿serán inamovibles? O, por el contrario, ¿se pueden inaplicar por causas ETOP las iniciativas destinadas a favorecer la calidad de vida de los empleados en otros aspectos, pero no las que directa o indirectamente aborden aspectos vinculados a la igualdad de presencia de mujeres y hombres en el entorno empresarial?

Habría que plantearse que, si verdaderamente se desea hacer una interpretación tan restrictiva de las posibilidades de descuelgue del plan de igualdad establecido a la empresa, en realidad se está haciendo un flaco favor al objetivo de lograr una presencia equilibrada de mujeres y hombres en todas las categorías y niveles retributivos, pues obviamente, las empresas conocedoras de tal situación, van a ser poco propicias a incluir en sus planes de igualdad medidas ambiciosas y generosas, si sospechan del riesgo absoluto de la inamovilidad que afectaría, según algunas posturas doctrinales, a toda cuestión vinculada a aspectos de género, lo que sin duda contribuye a acentuar la práctica ya generalizada de convertir los planes de igualdad en un conjunto programático de deseos generales, sin materializarlos en compromisos concretos de actuación. Y es que optar por otra solución implicaría, de prosperar esta teoría interpretativa, asumir un coste permanente e inflexible, sean cuales sean, las circunstancias que pueda atravesar la empresa a lo largo del tiempo, del que solo se podrá liberar la empresa a través de un nuevo convenio colectivo. Si esto es así, ¿no resulta paradójico que el legislador no haya querido otorgar esta protección reforzada ni siquiera a la cuantía retributiva de los empleados (objeto más frecuente de los descuelgues efectuados en nuestro país), a pesar del valor fundamental que el salario desempeña en el contrato de trabajo, como contrato cambiario? Así las cosas, no parece que, el art. 82.3 ET esté impidiendo el descuelgue parcial y razonado de alguna de las medidas que se hubieran podido incluir en el plan, siempre que, sin que ello pueda llevar en modo alguno a legitimar prácticas discriminatorias, se justifique su relación directa con las causas ETOP que sustentan esta decisión.

Tampoco se puede olvidar que, en el tejido productivo español, muchos de los planes de igualdad existentes no están incluidos en un convenio colectivo, sino que se aprobaban por la vía del acuerdo de empresa de efectos colectivos (normalmente por tratarse de empresas que no superaban el número mínimo de trabajadores establecido en la norma para convertir en obligatoria la elaboración de un plan de igualdad), ámbito en el que no cabe el descuelgue sino que deberá operar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (no sometida a las mismas limitaciones¹⁷), o simplemente, se intentará alcanzar un nuevo acuerdo novatorio en el que se intuyen muchos menos problemas prácticos para sacrificar previsiones destinadas a favorecer la conciliación, a cambio de garantizar el mantenimiento del empleo o del nivel retributivo de los empleados.

¹⁷ Adviértase que, el art. 41 ET, al regular la figura de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, no hace referencia alguna a los planes de igualdad, ni introduce previsión o limitación de ningún tipo en la que poder otorgar un valor reforzado a las cláusulas que tuvieran perspectiva de género. Éstas y otras cuestiones las analiza ALVAREZ CUESTA, H. (2016), "Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación sustancial de condiciones", en AAVV, "Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva" (coord. por ALVAREZ CUESTA, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, MARTINEZ BARROSO), Aranzadi, Navarra, págs. 79-101.

7. Propuestas de mejora

Sin duda, la reforma introducida por el RD-Ley 6/2019 pretendía mejorar sustancialmente la regulación de los planes de igualdad, eliminando parte de los problemas y deficiencias a los que se enfrentaban, con el fin de conseguir mejorar la igualdad de género en las empresas. Pese a todo, no se puede desconocer el hecho de que todavía existen serios obstáculos que dificultan que la plena igualdad en el ámbito empresarial, obstáculos que difícilmente se pueden remover a través del esperado desarrollo reglamentario, todavía pendiente. Dicho reglamento abordará aspectos tales como el registro de planes de igualdad, el procedimiento de seguimiento y evaluación o las auditorías salariales, pero no otras que exceden el contenido de la ley y, por lo tanto, no son susceptibles de subsanar recurriendo a la vía del desarrollo reglamentario. Y es que por mucho que empresas y trabajadores quieran facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar en su concreto entorno profesional, como pieza clave para alcanzar la igualdad de género en todas las categorías y modalidades contractuales, hay aspectos que convendría facilitar con carácter general.

Aunque cada CCAA asume competencias en educación en su respectivo ámbito, sorprende comprobar, el carácter tan limitado que hoy en día tiene, con carácter general, la escolarización pública. Y es que, como es sabido, a ella sólo pueden acceder mayores de tres años, únicamente está activa 9 meses al año (en lugar de los 11 que comprende cualquier actividad productiva), y únicamente abarca la franja horaria comprendida entre las 9.00 h y las 17.00 h, periodo de tiempo muy diferente, como se puede comprobar, a la duración y distribución media de las jornadas laborales en España, obligando a los trabajadores a buscar otras formas de conciliación en los períodos restantes, muchas veces en detrimento de sus oportunidades laborales. Y es que, por muy implicados que puedan estar los negociadores, existen problemas de base que la negociación colectiva no puede solventar, y que corresponde atender a las Administraciones públicas, favoreciendo la existencia de servicios públicos de calidad a los que puedan recurrir las personas trabajadoras sin coste añadido.

En este orden de cosas, aunque muchas veces pase desapercibido, existe un serio obstáculo a este tipo de previsiones: el sistema de bonificaciones a la sustitución de personas en situación de reserva de plaza por motivos familiares, previsto en nuestro ordenamiento jurídico. Adviértase que, en contra de lo que a primera vista puede parecer, la sustitución de un trabajador en situación de baja maternal o paternal (hoy ya denominada suspensión “por nacimiento de hijo”, sin realizar distinciones entre géneros) o excedencia por cuidado de hijos, no genera coste alguno para la empresa, pues el contrato de interinidad celebrado con el sustituto lleva aparejadas importantísimas bonificaciones en la cuota de cotización (del 100% en caso de maternidad o paternidad, y del 95% durante el primer año de excedencia por cuidado de hijo o familiares)¹⁸. Ahora bien ¿qué ocurre cuando han transcurrido las 16 semanas de duración de este permiso y la persona trabajadora no se ha reincorporado todavía por estar disfrutando de la lactancia acumulada o de la pospo-

¹⁸ Respectivamente RD-Ley 11/1998, Ley 12/2001 y RD-Legislativo 2/2015.

sición de las vacaciones?¹⁹ Pues lo que ocurre es que finalizaría el contrato de interinidad inicialmente firmado y, si la empresa desea prolongar esta sustitución hasta el momento en el que se produzca la reincorporación efectiva del trabajador sustituido, deberá ahora celebrar un contrato eventual (incluso con la misma persona que estuviera realizando ya la sustitución) para cubrir las necesidades productivas que surjan en la empresa durante el periodo de vacaciones y de lactancia acumulada, modalidad contractual sobre la que, paradójicamente, por el momento, no existe ningún tipo de bonificación en la cotización. Y es que, conviene recordar que, aunque el legislador aclara que el contrato de interinidad podrá celebrarse para sustituir el porcentaje de jornada que deja vacante un trabajador en situación de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares (art. 5 RD 2027/1998), no existe extensión similar para otros periodos. Así, por ejemplo, durante la acumulación de las horas de lactancia y durante el disfrute de las vacaciones, dado que el trabajador no se encuentra en situación de suspensión del contrato, sino en activo, disfrutando de uno de los permisos retribuidos que, por motivo de descanso o conciliación, reconoce nuestra normativa, la empresa no puede recurrir al contrato de interinidad, sino al eventual (ya sin bonificación, con las incomodidades que ello puede generar en el proceso productivo)²⁰.

Por este motivo no se puede dejar de reclamar a los poderes públicos la modificación del régimen jurídico actualmente vigente, con el fin de poder poner en práctica la razonable medida de prolongar el contrato de interinidad, y con él, las intensas bonificaciones que éste contempla, hasta el momento en el que se produzca la reincorporación efectiva al trabajo de la persona sustituida, independientemente de si ésta se ha acogido únicamente al periodo de suspensión del contrato previsto por la ley, o si disfruta de cualquier otra fórmula de conciliación que pueda requerir su sustitución efectiva en el entorno laboral. Hasta que eso no ocurra, se estará lastrando cualquier intento empresarial de mejorar los derechos de conciliación previstos en la legislación laboral, a pesar de la importantísima mejora en la calidad de vida de las personas con cargas familiares que ello implicaría. En concreto, se

¹⁹ Debe recordarse que, si optase por solicitar una excedencia por cuidado de hijos o incluso, si disfruta de un periodo adicional de suspensión con reserva de plaza previamente negociado con su empresa (en virtud de la cual se amplíe la duración de la excedencia por cuidado de hijo o familiares), también podría prolongar el contrato de interinidad, pues técnicamente el sujeto se encuentra todavía en situación de suspensión del contrato con reserva de plaza, aunque las bonificaciones previstas únicamente se podrían mantener durante el tiempo de suspensión previsto en el Estatuto de los Trabajadores (16 semanas en caso de cuidado de hijo, y hasta tres años en caso de excedencia por cuidado de familiares, con un importe decreciente durante el 1º, 2º o 3º año), sin que por el momento el legislador haya reparado también en la necesidad de bonificar los periodos de duración del contrato que deriven de una previa ampliación contractual o convencional de los motivos de suspensión del contrato con reserva de plaza por contingencias familiares. Pese a todo, debe advertirse que, aunque útiles en ciertos casos, al ser estos periodos adicionales de suspensión del contrato con reserva de plaza ni retribuidos ni protegidos con ningún tipo de prestación a cargo de la Seguridad Social, no se trata de previsiones demasiado frecuentes en nuestra negociación colectiva, por no haber demasiada demanda de solicitantes.

²⁰ Consciente de estos problemas, la STS (Sala de lo Social), de 30 de octubre de 2019 (nº. rec. 1070/2017), además de recordar que, con carácter general, se niega la utilización del contrato de interinidad para suplir a trabajadores en vacaciones, hace referencia a la regla de la previsibilidad o imprevisibilidad de la necesidad empresarial, como elemento diferenciador entre la causa que diferencia el contrato de interinidad del contrato eventual. Así pues, aunque no sea éste el tema enjuiciado en esta ocasión, es precisamente en esta reflexión, en la que se podría sustentar la posibilidad de prorrogar el contrato de interinidad en los casos en los que la necesidad empresarial provenga de la acumulación de las horas por lactancia o del disfrute de las vacaciones fuera del turno inicialmente previsto por razón de nacimiento de hijo (o, por qué no, de una situación de Incapacidad Temporal concurrente en el tiempo con el periodo inicialmente asignado de disfrute de vacaciones). Y es que, en esos casos, no puede negarse que no concurre la previsibilidad que sí existe en los restantes periodos de disfrute de vacaciones.

ha de ser consciente que, en muchos casos, el abandono, temporal o permanente, del puesto de trabajo por parte de las trabajadoras con hijos, se produce a raíz del nacimiento de éstos, situación que deja una importante huella en la carrera de cotización del sujeto, efectos perjudiciales que, sin duda, la acumulación de la lactancia y las vacaciones podrían atenuar.

Precisamente sobre el tema de la reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, uno de los aspectos que sería conveniente mejorar es la redacción literal del art. 37 ET. Y es que el legislador, después de proclamar que constituyen un derecho individual de los trabajadores de la empresa, sean éstos hombres o mujeres (37.6 ET), detalla en el apartado siguiente (37.7 ET) que la concreción horaria y la determinación de las reducciones de jornada “corresponderá a la persona trabajadora dentro de su jornada ordinaria”, previendo, a título de excepción que “no obstante, los convenios colectivos podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada (...atendiendo a) las necesidades productivas y organizativas de las empresas”.

Si esto es así, ¿cómo pueden proceder las PYMES, con escasos trabajadores, en las que la concurrencia de varias solicitudes de reducción de jornada entre los miembros de su plantilla, puede dejar totalmente desestructurada la estrategia de organización empresarial seguida hasta ese momento? Se trata de una situación que, en particular, deja sentir sus efectos con más fuerza en empresas de menos de 6 trabajadores en las que, además, se realicen actividades especializadas. Y es que, habitualmente, en estos casos, debido a la formación requerida, resulta complejo encontrar personas dispuestas a desempeñar de forma temporal y a tiempo parcial un contrato de interinidad por el tiempo previsto de duración de la reducción de jornada solicitada por sus compañeros (piénsese por ejemplo, en clínicas oftalmológicas, veterinarias, ópticas, etc.), y en las que normalmente no existe un convenio de empresa en el que prever tales cuestiones, por lo que la única previsión posible debería haberse incluido en un convenio de sector, normalmente, como se ha expuesto, poco implicados en las cuestiones de género. No se trata ésta de una cuestión baladí, ni mucho menos, y es que lejos de considerar que las restricciones que haya impuesto el convenio colectivo lo que persiguen es limitar la libertad de las personas trabajadoras a adaptar la duración de su jornada de trabajo en atención a las necesidades individuales de conciliación de cada persona ¿no genera el efecto contrario, mucho más pernicioso, de lastrar la contratación femenina en los puestos más cualificados, y por ello de difícil cobertura temporal²¹? Es sin duda una cuestión dura, difícil de abordar, pero de

²¹ Sobre esta cuestión, jurisprudencialmente, se empieza a sugerir deslindar el derecho a la reducción de jornada por cuidado de hijo (37.6 ET), que se considera un derecho individual e indisponible de la persona trabajadora, de su concreción horaria (37.7 ET), en la que esta libertad individual puede quedar sujeta a ciertas restricciones. Así, aunque se admite sin reservas que el trabajador es plenamente libre para determinar, dentro de la horquilla permitida por el legislador, en qué porcentaje desea reducir su jornada diaria de trabajo, la determinación de las horas exactas en las que materializará este derecho, ya no depende siempre de su exclusiva voluntad. Y es que, aunque en principio, se entiende que la concreción horaria de este derecho, también corresponde al propio trabajador que ha solicitado la medida, se admite que, en situaciones concretas, atendiendo a las circunstancias que rodean la prestación de servicios y las características de la organización empresarial, “puede decaer este derecho, como ocurriría en supuestos de abuso de derecho, transgresión de la buena fe, o manifiesto quebranto para la empresa”. En otras palabras, aunque en principio, cada persona trabajadora pueda materializar tal reducción de jornada en la franja horaria que mejor le convenga, se permite al empresario, “demostrar que confluyen razones más poderosas, normalmente organizativas, que impiden su disfrute en los términos previstos por el trabajador”, aunque el convenio colectivo no haya incluido previsión alguna al respecto o no

imprescindible reflexión habida cuenta de la persistente brecha de género, por el momento imposible de combatir.

8. Bibliografía

- AAVV, "Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España", Consejo Económico y Social, Madrid, 2019.
- AAVV (2016), "El principio de igualdad en la negociación colectiva", SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), KAHALE CARRILLO y VELASCO PORTERO (coord.), Colección Informes y Estudios. Serie Relaciones Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid.
- ALVAREZ CUESTA, H. (2016), "Igualdad por razón de género en supuestos de descuelgue convencional o modificación sustancial de condiciones", en AAVV, "Propuestas para la igualdad por razón de género en los procesos de negociación colectiva" (coord. por ALVAREZ CUESTA, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, MARTINEZ BARROSO), Aranzadi, Navarra, págs. 79-101.
- FABREGAT MONFORT, G. (2012), "La negociación de los planes de igualdad en los convenios colectivos de ámbito sectorial", en AAVV, "Negociando la igualdad en las empresas: estado de la cuestión y estrategias para la implementación de una política de igualdad de género" (dir. MOLINA HERMOSILLA, O.), Comares, Granda, págs. 61-90.
- FABREGAT MONFORT, G. (2013), "Planes de igualdad", en AAVV "Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización", (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., Ed. Cinca, págs. 176-187.
- GARCÍA BLASCO. J. (2009), "De la eficacia normativa del convenio colectivo y los efectos de su nulidad", *Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia*, nº.1, soporte informático.
- GARCÍA CAMPÁ, S. (2014), "Primera doctrina judicial sobre planes de igualdad en las empresas", en AAVV, "Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla", Ed. Cortes Valencianas, Valencia, págs. 281-292.
- MENDOZA NAVAS, N. (2010), "Comisiones de Igualdad", en AAVV, "Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización" (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), Cinca, Madrid, págs. 160-175.
- MENDOZA NAVAS, N., MENÉNDEZ CALVO, R., OTAEGUI JÁUREGUI, A. (2008), "Comisiones específicas de igualdad, atribución puntual de competencias a la "Civea" o creación de otro tipo de comisiones, en AAVV, "La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar" (coord. por ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.), Cinca, Madrid, págs. 314-325.

exista convenio o acuerdo colectivo aplicable. Sobre esta cuestión, véase la muy ilustrativa STSJ de Andalucía (Sevilla), Sala de lo Social, de 1 de febrero de 2018 (nº. sentencia 343/2018). A estos efectos, resulta interesante destacar que, aunque el art. 34.8 ET (recientemente modificado por el RD-Ley 6/2019) tiene unos presupuestos y un campo de aplicación distinto al contemplado en el art. 37.7 ET, en realidad, mantiene con éste muchos puntos de conexión. Y es que, en ambos casos, previa justificación, y con carácter excepcional, se permite anteponer las necesidades empresariales a las necesidades personales de los trabajadores.

MENENDEZ CALVO, R. (2011), "Impacto laboral de la implementación de planes y políticas de igualdad en las empresas", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº. 4, págs. 167-197.

PÉREZ PÉREZ, M. (1982), "La nulidad parcial del convenio colectivo", *Revista española de Derecho del Trabajo*, nº. 9, págs. 613-640.

ROMERO FUENTES, J. (2018), "Algunas cuestiones en torno al deber de negociar planes de igualdad", comunicación presentada a la mesa "Los retos de la negociación colectiva en materia de desigualdad y brecha salarial", de las 2es Jornades Juridiques de Dret Laboral i Sindical, "La precariedad laboral: desigualtat i discriminació", Barcelona, 8 y 9 de noviembre de 2018, soporte informático, http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/comunicacio_Jessica_Romero_Fuentes_Premi_Josep_Devesa.pdf

Protección universal del derecho a la igualdad

Universal protection of the right to equality

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social – TSJ/Galicia

Doctor en Derecho / Graduado Social

Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad de A Coruña

ORCID: 0000-0002-4629-0539

Recibido: 20/02/2020

Aceptado: 04/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5386>

Resumen. El derecho a la igualdad de los seres humanos y la prohibición de discriminación reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos exigen mecanismos efectivos de tutela. El estudio analiza los organismos y los procedimientos instaurados a nivel universal bajo el mandato genérico de Naciones Unidas y en el Sistema de Tratados. En particular, el estudio se detiene en el procedimiento de denuncias individuales en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965), y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). Finalmente, se analiza la eficacia interna de los dictámenes del Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Palabras clave: igualdad y no discriminación, tratados universales de derechos humanos, eficacia interna de las decisiones del CEDAW.

Abstract. The right to equality of human beings and the prohibition of discrimination recognized in international human rights treaties require effective guardianship mechanisms. The study analyzes the organizations and procedures established at the universal level under the generic mandate of the United Nations and in the Core international human rights instruments. In particular, the study focus in the procedure complaints from individuals in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), and the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006). Finally, the effectiveness in Spain of the Committee's views on the elimination of all forms of discrimination against women is analyzed too.

Keywords: equality and non-discrimination, universal human rights treaties, effectiveness of CEDAW's views in Spain.

1. La igualdad en los instrumentos de derechos humanos emanados de la organización de naciones unidas

La igualdad de los seres humanos y la prohibición de discriminación están en la esencia de la totalidad de los textos internacionales de derechos humanos nacidos en el seno de las Naciones Unidas (NNUU). Baste recordar, a los efectos de contextualizar debidamente el entorno jurídico del objeto del estudio, algunas normas emblemáticas¹.

La más emblemática es, sin duda alguna, el mismo artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH): *“todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Resulta oportuno ahora recordar a Eleanor Roosevelt y Hansa Mehta –que representaban a los Estados Unidos de América y a la India, respectivamente, en la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de la que la primera era Presidenta–, pues fueron las que se empeñaron en cambiar el artículo 1 de la DUDH, que en el proyecto decía *“todos los hombres nacen iguales”*, para que pasara a decir lo que dice: *“todos los seres humanos nacen libres e iguales”*.

Además, la DUDH establece en su artículo 2 que *“toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”*. Y en su artículo 7 que *“todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley”*, así como *“derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación”*.

Siguen este concepto relacional de discriminación como prohibición de distinción en el ejercicio de los derechos reconocidos que se deriva de los artículos 1, 2 y 7 de la DUDH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), artículos 2.1 –referido a toda causa de distinción²– y 3 –referido al sexo³–, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), artículos 2.2 –referido a toda causa de discriminación⁴– y 3 –referido al sexo⁵–. Aunque en el artículo 26 del PIDCP se aprecia un atisbo de superación de dicho concepto relacional de discriminación cuando

¹ Sobre la evolución del concepto de igualdad y no discriminación en los textos internacionales de derechos humanos hasta la fecha de su publicación, véase Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad y discriminación*, Editorial Tecnos (Madrid, 1986). Un análisis más actualizado de la evolución del concepto de igualdad y no discriminación, aunque limitado a la igualdad de género, en José Fernando LOUSADA AROCHENA, *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Editorial Tirant lo Blanch (Valencia, 2014). También véase Encarnación CARMONA CUENCA (ed.), *La perspectiva de género los Sistemas Europeo e Interamericano de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (Madrid, 2015).

² Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³ Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto.

⁴ Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵ Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto.

establece que *“la ley prohibirá toda discriminación”*, esto es no solo en el ejercicio de los derechos reconocidos en el PIDCP, y, en consecuencia, que la ley *“garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*⁶.

Además de estos textos generales en los cuales la igualdad y no discriminación se proyectan sobre los derechos en ellos reconocidos, se ha aprobado tres textos especiales garantes de concretas causas de igualdad y no discriminación en todos los ámbitos: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). Bajo esta diferente perspectiva, de un lado, al ser monográficos de una causa de discriminación, potencian su eficacia, y de otro lado, al proyectarse sobre todos los ámbitos, superan definitivamente la limitación derivada del carácter relacional de la discriminación que aparecía en la DUDH y en otros instrumentos internacionales. También es otro aspecto destacable la tendencia a considerar la igualdad como generadora de derechos en positivo, y no como una simple prohibición de distinción en negativo –una tendencia que se observa en la misma denominación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que también se podría rastrear en la aplicación e interpretación de las disposiciones de los otros dos convenios citados–.

En definitiva, la igualdad y la no discriminación se encuentran claramente asentadas en el catálogo universal de derechos humanos. Pero –como ocurre con todos los demás derechos humanos– corren el riesgo de convertirse en ideas más o menos románticas, y en retórica vacía, si no van unidas a mecanismos serios de efectividad. A su análisis se dedica este estudio. Primero, se analizarán más genéricamente los mecanismos de protección que la igualdad comparte con el resto de los derechos humanos. Segundo, se analizará más específicamente el mecanismo de denuncias individuales instaurado en los tratados sobre motivos concretos de discriminación: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) –en cuyo análisis nos detendremos en especial–; y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006). Finalmente, se analiza la eficacia interna de los dictámenes del Comité sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, pues es una cuestión que ha recibido una respuesta en nuestra jurisprudencia virtualmente extensible a los dictámenes de los demás Comités.

2. Los mecanismos de protección que la igualdad comparte con el resto de derechos humanos

Si bien la DUDH enumera los más importantes derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales del ser humano, la DUDH no es más que una afirmación de buenas

⁶ Miguel RODRÍGUEZ-PIÑERO / María Fernanda FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Igualdad ...*, obra citada, pág. 94.

intenciones emitida voluntariamente por los Estados miembros de Naciones Unidas, sin que obligara a estos jurídicamente y sin que tuviera carácter vinculante, pues no instaura ningún cauce de reclamación de los sujetos particulares ante instancias internacionales, ni establece ningún otro mecanismo jurídico acerca del control de efectividad por dichos Estados. Pero esto ha cambiado en el convencimiento de la necesidad de una tutela eficaz de los derechos humanos reconocidos, pudiéndose afirmar que, en la actualidad, la tendencia predominante en la doctrina científica y en la agenda política es favorable a dotar a los derechos de sus correspondientes garantías. El cambio en la concepción inicial a su actual sentido se ha calificado como una de “las más notables revoluciones en la historia de la sociedad y de las ideas contemporáneas”⁷.

Actualmente, están instaurados dos sistemas de protección universal de los derechos humanos –en los cuales están incluidos la igualdad y no discriminación–⁸:

1. Un sistema de protección se deriva del mandato atribuido a los órganos internos de las Naciones Unidas, lo que ha dado lugar al denominado como Sistema Universal, Institucional o Extraconvencional de Protección de Derechos Humanos.
2. Otro sistema de protección se deriva de la ratificación por los Estados Parte de tratados internacionales bajo el auspicio de Naciones Unidas, lo que ha dado lugar al denominado como Sistema de Tratados de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

2.1. La protección de la igualdad dentro del sistema universal de protección de derechos humanos

El Sistema Universal, Institucional o Extraconvencional de Protección de Derechos Humanos lo constituyen las medidas puestas en práctica por los propios órganos principales o subsidiarios en que se estructura la Organización de Naciones Unidas con fundamento en los poderes en materia de derechos humanos que les confiere la Carta de las Naciones Unidas y en el deber general de cooperación de los Estados Partes. Más concretamente, el apoyo jurídico para estas competencias en materia de derechos humanos se encuentran en diversas disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas: con carácter general, artículo 1.3 (al incluir entre los propósitos de las NNUU, el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión), artículo 55.c) (que dispone que la ONU promoverá el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamen-

⁷ Renata BREGAGLIO LAZARTE, “Sistema universal de protección de derechos humanos”, en *Protección multinivel de derechos humanos* (coords.: George Rodrigo BANDEIRA GALINDO / René URUEÑA / Aida TORRES PÉREZ), Red Derechos Humanos y Educación Superior (2013), pág. 93.

⁸ Para profundizar en los distintos mecanismos de protección, y en particular para conocer su correcta utilización por personas particulares, es indispensable acudir a la página web de Naciones Unidas (www.un.org/es), y, en particular a la página web del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (www.ohchr.org/sp), así como a las pestañas referidas a las distintas Convenciones.

tales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades), y artículo 56 (que dispone que todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la ONU, para la realización de sus propósitos); en particular, en relación con la Asamblea General, artículo 13.1.b) (que dispone que la Asamblea promoverá estudios y hará recomendaciones con la finalidad de ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión); y en relación con el Consejo Económico y Social, artículo 62.2 (al incluir entre las funciones y poderes del Consejo, la de hacer recomendaciones con el objeto de promover el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, y la efectividad de tales derechos y libertades), y artículo 68 (que atribuye al Consejo Económico y Social la potestad de establecer comisiones para la promoción de los derechos humanos).

Dada esta fundamentación en la Carta de Naciones Unidas se deriva que las competencias en materia de derechos humanos asumidas por sus propios órganos principales o subsidiarios es independiente de la aprobación de los Estados Partes, y que estos están además obligados por su deber de cooperación con la ONU. Como no se sustentan en convenios aprobados por los Estados miembros, sino en la labor institucional basada en el mandato de NNUU, a este sistema se le llama institucional o extraconvencional⁹. También se le denomina sin más universal, pues se aplica a la totalidad de los Estados Partes, hayan ratificado, o no, convenios de derechos humanos.

El Sistema Universal, Institucional o Extraconvencional de Protección de Derechos Humanos se ha ido reforzando progresivamente. Un hito significativo en ese proceso de fortalecimiento lo ha representado la Conferencia de Derechos Humanos celebrada en Viena, 1993, que, entre otras propuestas luego desarrolladas, condujo a la creación de un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Ocupa, en fin, este sistema un lugar de primera línea en la vigilancia de las normas universales de derechos humanos, en él recayó la tarea de afrontar muchas de las peores violaciones registradas en las situaciones más críticas y tiene como objetivo central la mejora de la eficacia de las normas internacionales de derechos humanos¹⁰.

2.1.1. Órganos de naciones unidas con competencias de derechos humanos

Todos los órganos principales de NNUU ostentan, dentro del mandato de NNUU, competencias en materia de promoción y defensa de derechos humanos, tanto los órganos principales como los órganos subsidiarios. Recordemos que los órganos principales son: la Asamblea General; el Consejo de Seguridad; el Consejo Económico y Social (ECO-

⁹ Denominación la segunda utilizada por Alexandre VIDIGAL DE OLIVEIRA, *Protección Internacional de los Derechos Humanos – Justificaciones técnico-jurídicas para la creación de un Tribunal Mundial de Derechos Humanos* (2011), tesis doctoral inédita accesible en el repositorio de la Universidad Carlos III de Madrid (enlace: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/13300>, consultado a 24/02/2020).

¹⁰ En este sentido, Alexandre VIDIGAL DE OLIVEIRA, *Protección ...*, op. cit., págs. 54 y 55.

SOC); el Consejo de Administración Fiduciaria (sin actividad); la Corte Internacional de Justicia (CIJ); y la Secretaría (Carta de Naciones Unidas, artículo 7.1.).

Dentro de los órganos subsidiarios que se pueden establecer si fuere necesario (Carta de Naciones Unidas, artículo 7.2), debemos citar los siguientes: el Consejo de Derechos Humanos (subsidiario de la Asamblea General), la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (subsidiaria del ECOSOC), y el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH, subsidiario de la Secretaría).

El Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano para la promoción y defensa de derechos humanos, subsidiario de la Asamblea General e integrado por 47 miembros elegidos de forma directa e individual en votación secreta por mayoría en la Asamblea General. Fue creado en 2006 para superar las dificultades y rémoras que mermaban la eficacia de la anterior Comisión de Derechos Humanos, subsidiaria del ECOSOC e integrada por representantes políticos de los Estados miembros (precisamente esta composición era la causa de las dificultades y rémoras que sufría¹¹).

En el ámbito competencial del ECOSOC, se creó en 1946 la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, que es el más destacado órgano intergubernamental para promover igualdad de género y empoderamiento de la mujer.

Integrado en la estructura de la Secretaría, se designa, desde 1993, un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)¹²: su actuación se encuentra bajo la autoridad y dirección del Secretario General; su categoría es Secretario General Adjunto de Naciones Unidas; es el más alto funcionario con responsabilidad en la materia de los derechos humanos; y tiene a su cargo una Oficina.

2.1.2. Procedimientos extraconvencionales de protección de los derechos humanos

Tanto los órganos principales como los órganos subsidiarios ejercitan sus competencias en materia de promoción y defensa de derechos humanos a través de determinados procedimientos que se pueden clasificar en dos grandes grupos: procedimientos no contenciosos –que se tramitan sin mediar queja o denuncia alguna–, y procedimientos cuasicontenciosos –en los que media una queja o denuncia pero que se tramitan sin las exigencias de un procedimiento judicial contradictorio–.

Dentro de los procedimientos no contenciosos, los más habituales son los procedimientos de informes periódicos de los Estados miembros de las NNUU. El más ambicioso

¹¹ Kofi Annan propuso su creación en 2005 al entender que la Comisión de Derechos Humanos había venido experimentado una gran disminución de su credibilidad y profesionalismo debido al alto grado de politización y selectividad en sus trabajos (selectividad advertida especialmente en la elección de los países sometidos a procedimientos públicos especiales), y al hecho de que en algunos períodos hayan formado parte de la misma países acusados de violaciones graves y masivas de los derechos humanos (que han tendido a utilizar su condición de miembros de la Comisión para evitar ser condenados por sus violaciones de los derechos humanos o para criticar a otros países). Sobre este cambio, ver Natalia OCHOA RUIZ / Esther SALAMANCA AGUADO, "El Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: un análisis preliminar", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12, 2006.

¹² Su creación es "el hito más importante en esta materia acontecido en los últimos años" (Yolanda GÓMEZ SÁNCHEZ, *Constitucionalismo multinivel – Derechos fundamentales*, UNED, 2015, pág. 127).

es el Examen Periódico Universal que debe realizar el Consejo de Derechos Humanos sobre el cumplimiento por cada Estado de sus obligaciones respecto a derechos humanos bajo las siguientes premisas: se basa en información objetiva y fidedigna; se garantiza la universalidad del examen y la igualdad de trato respecto de todos los Estados; es un mecanismo cooperativo, basado en un diálogo interactivo, con la participación plena del país de que se trate y teniendo en consideración sus necesidades de fomento de la capacidad; este mecanismo complementa y no pretende duplicar la labor de los órganos creados en virtud de los tratados de derechos humanos.

Dentro de los procedimientos cuasicontenciosos, se deben encuadrar los procedimientos 1235 y 1503 instaurados por el ECOSOC para la extinta Comisión de Derechos Humanos, y que se mantienen con el vigente Consejo de Derechos Humanos.

El Procedimiento de la Resolución nº 1235 (XLII) del ECOSOC para tratar situaciones de violación masiva y flagrante de derechos humanos relacionadas con situaciones de *apartheid*, discriminación racial y dominación colonial, fue instaurado en 1967 en relación con las denuncias de *apartheid* en Rhodesia y Sudáfrica, y ampliado en 1975 para las denuncias derivadas de la situación de los derechos humanos en Chile, aunque actualmente su utilización se admite en relación con toda situación de violencia persistente con violación de derechos humanos, sea la violación global o sea individual.

Merced a este procedimiento se ha instaurado un tupido Subsistema de Relatores Especiales de Derechos Humanos. Y es que los mandatos conferidos al amparo de este procedimiento se encargan a relatores especiales, expertos independientes o grupos de trabajo, pudiendo ser geográficos (en relación con un país) o temáticos (algunos ejemplos: el Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias; o sobre la Detención Arbitraria; el Relator Especial sobre las Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias; sobre la Tortura; sobre la Independencia de Magistrados y Abogados; o sobre las Formas Contemporáneas de Esclavitud). En todo caso, son mandatos de carácter temporal (inicialmente de un año, aunque la renovación de los mandatos temáticos se suele espaciar más tiempo, usualmente se hace cada tres años).

Se inicia el procedimiento con base en comunicaciones recibidas de diversas fuentes (las víctimas o sus familiares, organizaciones locales o internacionales, etc.). La admisibilidad de las comunicaciones no está sometida a reglas formales estrictas, ni tampoco se establece la necesidad de agotamiento de los recursos judiciales internos.

Se trata de un procedimiento público. Cabe incluso la realización de visitas *in situ*, con entrevistas a las víctimas y los testigos, o enviar acciones urgentes de carácter humanitario. No obstante, para que estas visitas se lleven a cabo es necesario contar con una invitación por parte del gobierno interesado. Una vez cursada la invitación, las autoridades nacionales deben facilitar las medidas para que la visita pueda realizarse.

Se establece también la posibilidad de medidas cautelares urgentes que permiten interactuar directamente con los gobiernos ante una amenaza verosímil de violación a los derechos humanos de una persona concreta. El procedimiento para activar estos mecanismos, dado su carácter urgente, es muy flexible: se envía una carta por cualquier medio a

los gobiernos involucrados, solicitando información y comentarios respecto a la comunicación recibida, así como acciones preventivas o de investigación realizadas.

El Procedimiento de la Resolución nº 1503 (XLVIII) del ECOSOC, que fue instaurado en 1970, consiste en un mecanismo permanente y confidencial (a diferencia del procedimiento 1235 que se sustenta en mandatos temporales y es público) de recepción y tramitación de quejas individuales por violaciones de derechos humanos en un Estado determinado (en este procedimiento no caben mandatos temáticos). Ahora bien, esas quejas no se atienden de manera individualizada, pues, para su admisibilidad, es necesario que el Consejo, a partir de ellas, concluya una situación de violación manifiesta de derechos humanos. En caso de hacerlo, decidirá si tal situación merece la realización de un estudio de fondo, o una investigación a cargo de un comité especial, en cuyo caso solicitará el consentimiento del Estado en cuestión. Las conclusiones tampoco van vinculadas a la situación concreta de las personas, sino a la promoción general de los derechos humanos en el Estado de que se trate. Si bien el procedimiento es confidencial, desde 1978 se dan a conocer los Estados que han sido investigados.

Una observación final resulta necesaria. En el ámbito de NNUU no existen –a lo menos de momento– procedimientos contenciosos en materia de derechos humanos semejantes a los del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o a los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin perjuicio de que, en el ejercicio de sus competencias, la Corte Internacional de Justicia (CIJ) y otros Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* interpretan en muchas ocasiones cuestiones de derechos humanos. También sin perjuicio de que algunos tratados internacionales sobre derechos humanos atribuyen su interpretación a la CIJ (por ejemplo, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, véase artículo 29¹³).

2.2. La protección de la igualdad dentro del sistema de tratados de derechos humanos de naciones unidas

El sistema universal convencional está conformado por nueve convenciones, conocidas como las Convenciones Centrales (*Core Treaties*), y sus Protocolos Facultativos. En cuanto a las garantías de efectividad de sus disposiciones, las Convenciones y sus Protocolos Facultativos han creado nueve comités y un subcomité, y establecido los procedimientos de actuación para la protección de derechos humanos.

Aunque cada tratado es distinto e independiente, la totalidad de los tratados de derechos humanos se complementan entre sí y tienen en común los principios fundamentales de la no discriminación y la igualdad, la protección efectiva contra las violaciones, la protección especial para los grupos más vulnerables y una interpretación del ser humano

¹³ Toda controversia que surja entre dos o más Estados Partes con respecto a la interpretación o aplicación de la CEDAW que no se solucione mediante negociaciones se someterá al arbitraje a petición de uno de ellos. Si en el plazo de seis meses contados a partir de la fecha de presentación de solicitud de arbitraje las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la forma del mismo, cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la CIJ, mediante una solicitud presentada de conformidad con el Estatuto de la Corte.

como participante activo en la vida pública del Estado en el que reside y en las decisiones que le afecten, y no como mero objeto pasivo de dichas decisiones.

2.2.1. Comités con competencias de derechos humanos

Los convenios de derechos humanos incluidos en el Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y los comités que crean, son los siguientes¹⁴:

Convenio	Comité que crea
Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965)	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD)
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), y su Protocolo Facultativo (1966)	Comité de Derechos Humanos (CDH)
Pacto Internacionales de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)	Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC)
Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979)	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW)
Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)	Comité contra la Tortura (CAT)
Convención de los Derechos del Niño (1989)	Comité de los Derechos del Niño (CRC)
Convención internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990)	Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus Familiares (CMW)
Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2002)	Subcomité para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), y su Protocolo Facultativo (2006)	Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)
Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006)	Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)

Son características generales de los comités de derechos humanos las siguientes:

- Son órganos creados por un tratado internacional o en aplicación de un protocolo del mismo, de ahí que no están integrados en sentido estricto en las NNUU, aunque la ONU asume su financiación y les presta soporte administrativo y técnico.
- Son órganos técnicos colegiados integrados por expertos designados a título individual (normalmente 18, algunos más y otros menos), que no pueden recibir instrucciones gubernamentales ni de un órgano u organización, nacional o internacional.
- Son órganos permanentes en cuanto a su creación, que desarrollan sus trabajos en períodos de sesiones predeterminados cuya duración varía de un caso a otro.

¹⁴ Cuadro de elaboración propia que el autor ha publicado en la colaboración que ha realizado en el *Memento Práctico Igualdad*, Ediciones Francis Lefebvre (Madrid, 2019), pág. 859.

- d) Su competencia se circumscribe al instrumento convencional que los crea y les sirve de soporte, con lo cual carecen de competencias generales en materia de derechos humanos o respecto de cualquier otro instrumento convencional diferente al suyo.
- e) Una competencia general de todos los comités es la posibilidad de aprobar observaciones o recomendaciones generales sobre la interpretación de las disposiciones de la convención que los crea, tanto disposiciones sustantivas como de procedimiento.

La diversidad de comités, y de sus normas reguladoras, genera ciertos problemas que se han intentado resolver fomentando la homogeneización de las competencias y de los procedimientos de actuación a través de la aprobación de protocolos facultativos dirigidos a ampliar las posibilidades de actuación de cada comité en comparación con las previstas en la convención que los ha creado, para homogeneizarlo con los demás.

También se ha fomentado la coordinación de la actuación de los diversos comités de derechos humanos a través de reuniones periódicas de sus presidentes, así como conjuntas de las personas miembros. Igualmente se ha fomentado la coordinación del Sistema de Tratados con el Subsistema de Relatores Especiales y en general con el Sistema Universal de Protección de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

2.2.2. Procedimientos convencionales de protección de los derechos humanos

Los procedimientos convencionales de protección de los derechos humanos a través de los cuales cada comité ejerce sus competencias dependen de la convención que lo crea y, en su caso, del protocolo que regula el procedimiento. Ahora bien, en un análisis general, hay cuatro procedimientos estándar (informes periódicos, denuncias individuales, denuncias estatales, e investigación de oficio), y una tendencia a atribuir todos los procedimientos estándar a todos los comités (aunque todavía no se ha llegado a ello). Hoy día, los procedimientos estándar atribuidos a cada comité en función de la convención que lo crea y, en su caso, del protocolo que regula el procedimiento, son¹⁵:

Comité	Informes periódicos	Denuncias individuales	Denuncias Estatales	Investigación de oficio
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD):	Sí	Sí	Sí	No
Comité de Derechos Humanos (CDH)	Sí	Sí	Sí	No
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) tras el Protocolo Facultativo de 2008	Sí	Sí	Sí	Sí
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) tras el Protocolo Facultativo de 1999	Sí	Sí	No	Sí

¹⁵ Cuadro de elaboración propia que el autor ha publicado en la colaboración que ha realizado en el *Memento Práctico Igualdad*, Ediciones Francis Lefebvre (Madrid, 2019), pág. 859.

Comité	Informes periódicos	Denuncias individuales	Denuncias Estatales	Investigación de oficio
Comité contra la Tortura (CAT) ¹	Sí	Sí	Sí	Sí
Comité de los Derechos del Niño (CRC) tras el Protocolo Facultativo de 2011	Sí	Sí	Sí	Sí
Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y sus Familiares (CMW)	Sí	Sí	Sí	No
Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD)	Sí	Sí	Sí	No
Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED)	Sí	Sí	Sí	Sí

¹ El Protocolo Facultativo a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (2002) instaura un innovador mecanismo de protección —que difiere de todos los expuestos—: se trata de un sistema global de visitas periódicas a todos los lugares en que haya o pueda haber personas privadas de libertad basado en el doble control del Subcomité para la Prevención de la Tortura, y en los mecanismos nacionales de prevención que cada Estado parte debe establecer o designar.

Dos de esos procedimientos estándar se pueden catalogar como procedimientos de carácter no contencioso. Son: el examen de los informes que obligatoria y periódicamente deben presentar los Estados parte; y las investigaciones realizadas de oficio a Estados parte en el supuesto de violaciones masivas y sistemáticas. Estos procedimientos estándar no contenciosos son los más antiguos del sistema convencional de control, y se corresponden con el respeto absoluto del principio de la soberanía estatal que imperaba en el Derecho Internacional. Con este planteamiento solo se aceptaban los procedimientos que no implicasen ningún tipo de condena o sanción a los Estados responsables de violaciones a los derechos humanos, porque esta era una materia que pertenecía exclusivamente al ámbito interno de los Estados nacionales¹⁶.

Los otros dos procedimientos estándar se pueden catalogar como procedimientos de carácter cuasicontencioso. Son: la presentación de denuncias interestatales (aunque nunca se ha utilizado en la práctica internacional, sin duda porque los gobiernos no lo consideran como políticamente correcto en el marco de las relaciones diplomáticas tradicionales); y el procedimiento de denuncias individuales. Este último procedimiento, inicialmente desconocido en los tratados de derechos humanos dado el planteamiento clásico de excluir a las personas individuales como sujetos del Derecho Internacional, se ha generalizado merced a las recomendaciones de la Conferencia de Derechos Humanos celebrada en Viena, 1993. Actualmente, y con la excepción del Subcomité para la Prevención de la Tortura, se encuentra instaurado –cada uno con sus especialidades– en la totalidad de los comités del Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas (algunos en virtud de lo establecido en el articulado de las Convenciones y otros en virtud de lo establecido en sus Protocolos Facultativos). Con este procedimiento de denuncias individuales cristaliza la capacidad procesal internacional de los individuos para la defensa de los derechos humanos, rompiendo el monopolio de los Estados como únicos sujetos protagonistas del Derecho Internacional.

¹⁶ Carlos VILLAR DURÁN, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Trotta (Madrid, 2006), pág. 379.

Además de estos procedimientos estándar, los comités ostentan competencias para adoptar medidas cautelares urgentes. Hay dos ejemplos que son paradigmáticos:

- El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) estableció, en 1993, un procedimiento de alerta temprana y acción urgente para la prevención de las violaciones graves en virtud del cual el CERD puede recabar información de los Estados partes y adoptar una decisión en que exprese preocupaciones concretas dirigidas al Estado de que se trate, al Consejo de Derechos Humanos, al Asesor Especial sobre la Prevención del Genocidio, al Alto Comisionado para los Derechos Humanos y al Secretario General, con recomendación de someter el asunto al Consejo de Seguridad.
- La Convención Internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas permite al Comité contra las Desapariciones Forzadas (CED) adoptar medidas urgentes consiguientes a peticiones de los allegados a una persona desaparecida o sus representantes legales, sus abogados o las personas autorizadas por ellos, así como todo aquel que tenga un interés legítimo, a fin de que se busque y localice a una persona desaparecida (artículo 30). Si las violaciones constituyen actos generalizados o sistemáticos (es decir, se trata de crímenes de lesa humanidad), el CED, tras haber solicitado al Estado parte interesado toda la información que sea pertinente, podrá llevar la cuestión, con el carácter de urgente, a la consideración de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por mediación del Secretario General (artículo 34).

3. La protección específica de la igualdad a través de los procedimientos de denuncias individuales en los tratados sobre causas concretas de discriminación

Dentro del Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas, y más en concreto dentro de los procedimientos estándar que en ellos se contemplan, nos vamos a detener a partir de este momento en los procedimientos de denuncias individuales instaurados en los tratados sobre causas concretas de discriminación: la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979); y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006).

Vamos a tomar como modelo expositivo el Protocolo Facultativo de 1999 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que es el que instauró en relación con los derechos en ella reconocidos el procedimiento de denuncias individuales –sin perjuicio después de realizar determinadas precisiones en relación con los procedimientos de denuncias individuales instaurados en el ámbito de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial y en el ámbito de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad–.

3.1. Procedimiento de denuncias individuales ante el CEDAW

El Protocolo Facultativo de 1999 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer es un convenio internacional separado y complementario de la Convención dirigido a instaurar un procedimiento de denuncias individuales ante el CEDAW. Las características generales de este procedimiento –que son comunes a todos los comités en cuyos convenios o protocolos se admiten denuncias individuales y que, dicho sea desde este inicial momento, constituyen los talones de Aquiles de todos los procedimientos de denuncias individuales– son las dos siguientes:

- a) Es facultativo para los Estados partes. El CEDAW no puede examinar denuncias contra un Estado parte a menos que este haya reconocido su competencia. Hay un dato positivo: el Protocolo Facultativo de 1999 es uno de los instrumentos instauradores de procedimientos individuales de denuncias más ratificados del Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas. España lo ratificó el 6/6/2001.
- b) Es un procedimiento cuasicontencioso, pues su objeto es un pronunciamiento contradictorio ante el CEDAW sobre si ha habido violación de los derechos reconocidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Lo que le falta para ser totalmente jurisdiccional es que el CEDAW no tienen la capacidad de hacer cumplir directamente sus decisiones (aunque como veremos si hay mecanismos de seguimiento que pueden tener efectos positivos, y en España se admite la reparación de los daños como una responsabilidad de la Administración de Justicia).

El procedimiento ante el CEDAW se inicia con la presentación de una comunicación –que es la peculiar denominación que el Protocolo le da a las denuncias individuales acaso para evitar toda evocación semántica con un proceso contencioso–.

Las comunicaciones pueden ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención de 1979, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, salvo si el autor justifica actuar en su nombre sin tal consentimiento (lo que ocurriría, por ejemplo, si la víctima se encuentra incomunicada en una cárcel o ha sido objeto de una desaparición forzada). No alude el Protocolo a la necesidad de asesoramiento letrado, aunque obvias razones aconsejan que las víctimas se asesoren.

Solo se admitirán aquellas comunicaciones concernientes a un Estado que sea parte en la Convención de 1979 y que a la vez sea parte en el Protocolo Facultativo de 1999 (lo que se explica porque el Protocolo es un convenio separado de la Convención).

Las comunicaciones se presentarán por escrito y no pueden ser anónimas. No se exige una forma determinada, pero la CEDAW –como en general todos los comités– tiene

a disposición pública formularios donde se exige especificar: la identidad de la persona comunicante y, en el caso de ser diferente, la identidad de la víctima; el Estado implicado; los hechos denunciados y las presuntas infracciones; las gestiones hechas para agotar los recursos de la jurisdicción interna; si se han seguido otros procedimientos internacionales; la autorización –o no– para la divulgación de datos personales (pues las decisiones de la CEDAW son objeto de publicación); fecha y firma; y el listado de documentos aportados en copia (no se permite aportar originales).

Presentada la comunicación, hay una fase de admisión. De entrada, el CEDAW no examinará una comunicación a menos que se hayan agotado todos los recursos de la jurisdicción interna, salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que su resultado sea remedio efectivo. La lógica de la norma obliga a la persona comunicante a acreditar debidamente por qué no es probable que el resultado de un recurso sea un remedio efectivo; y al Estado concernido a detallar los recursos disponibles dejados de utilizar previamente a acudir al CEDAW.

Además, el CEDAW declarará inadmisible toda comunicación que: se refiera a una cuestión que ya ha sido examinada por el comité o ya ha sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacionales; sea incompatible con las disposiciones de la Convención; sea manifiestamente infundada o esté insuficientemente sustanciada; constituya un abuso de derecho; o los hechos de la comunicación hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el Estado Parte, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha.

Tras haber recibido una comunicación y antes de llegar a una conclusión sobre sus fundamentos, en cualquier momento el CEDAW puede dirigir al Estado Parte interesado, a los fines de su examen urgente, una solicitud para que adopte las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la supuesta víctima. Esta decisión no implicará juicio alguno ni sobre la admisibilidad ni sobre el fondo.

La fase de admisión se puede resolver sin remisión al Estado Parte interesado. A menos que el CEDAW considere que una comunicación es inadmisible sin remisión al Estado Parte, y siempre que la persona o personas interesadas consientan en que se revele su identidad a dicho Estado Parte, el CEDAW pondrá en conocimiento del Estado Parte, de forma confidencial, toda comunicación que reciba. En un plazo de seis meses, ese Estado Parte presentará por escrito explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado.

El CEDAW examina las comunicaciones que recibe a la luz de toda la información puesta a su disposición por personas o grupos de personas, o en su nombre, y por el Estado Parte, siempre que esa información sea transmitida a las partes interesadas. Las comunicaciones son examinadas por el CEDAW en sesiones privadas.

Tras examinar una comunicación, el CEDAW hará llegar su opinión sobre la comunicación, así como sus recomendaciones si las hay, a las partes interesadas. Estamos ante otro ejercicio de prestidigitación semántica para eludir los términos propios de un proceso contencioso. Las denuncias son comunicaciones. Pues ahora el equivalente a las sentencias se llaman opiniones que pueden contener recomendaciones. De hecho, en la prá-

tica del CEDAW se ha sustituido la expresión opinión por la de dictamen, sin duda más acertada en todos los sentidos (tanto jurídico como simbólico).

Los tipos de recomendaciones que, en aplicación del Protocolo, ha formulado el CEDAW incluyen las siguientes: medidas dirigidas a poner fin a las violaciones de los derechos de la víctima; medidas dirigidas a la restitución, indemnización y rehabilitación de la víctima; reforma de la legislación y cambios en las prácticas constitutivas de violaciones; y medidas para prevenir la repetición de la violación.

No se contempla la posibilidad de recurrir el dictamen del CEDAW –ni de ningún comité del Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas–.

Ya hemos avanzado que lo que le falta a este procedimiento de denuncias individuales para ser totalmente jurisdiccional es que el CEDAW no tiene la capacidad de hacer cumplir directamente sus opiniones decisiones. No obstante, se establecen tres disposiciones dirigidas a atribuir eficacia jurídica a los dictámenes y recomendaciones:

- el Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del comité, así como a sus recomendaciones, si las hubiere (es una obligación derivada del deber de cooperación de los Estados Parte con el cumplimiento de los fines del CEDAW);
- el Estado Parte deberá enviar al CEDAW, en un plazo de 6 meses, una respuesta por escrito, especialmente con la información sobre toda medida que se haya adoptado en orden a las opiniones y recomendaciones emitidas por el CEDAW;
- el CEDAW podrá invitar al Estado Parte a presentar más información sobre cualesquiera medidas que el Estado Parte hubiera adoptado en respuesta a sus opiniones o recomendaciones, si las hubiere, incluso, si el Comité lo considera apropiado, en los informes que presente más adelante el Estado Parte de acuerdo con el artículo 18 de la Convención (donde se contempla el procedimiento estándar de informes periódicos).

Junto a este procedimiento de denuncias individuales, se contempla una posibilidad de actuación de oficio si el CEDAW recibe información fidedigna que revele violaciones graves y sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención de 1979. Se trata de un procedimiento de oficio que el Estado Parte puede excluir en el momento de la firma, ratificación o adhesión al Protocolo de 1999.

Finalmente, se establece una garantía de indemnidad: Cada Estado Parte adoptará todas las medidas necesarias para garantizar que las personas que se hallen bajo su jurisdicción no sean objeto de malos tratos ni intimidación como consecuencia de cualquier comunicación con el CEDAW de conformidad con el Protocolo. Se trata de una garantía amplia que no solo abarca a quienes presentan la comunicación, sino en general a todas las personas que puedan ser represaliadas a consecuencia de la misma.

En conclusión, y aún a pesar de todas las limitaciones derivadas de su carácter facultativo, de no incluir competencias de ejecución de los dictámenes, y también de la regulación del procedimiento, con disposiciones muy generales en particular en orden a la admisión de la comunicación –cuya concreción queda al arbitrio del CEDAW–, y trámites que asemejan

se cumplirán con lentitud –generando una duración que se unirá a la ya previsiblemente larga de los recursos internos que deben ser agotados antes de presentar la denuncia al CEDAW–, aún a pesar de todo ello, el Protocolo de 1999 se debe valorar positivamente. Así lo ha entendido también la doctrina científica. Se ha dicho que, a pesar de que el Protocolo Facultativo es simplemente un derecho internacional blando que depende de la presión política en lugar de la fuerza legal, su adopción marca un momento histórico pues facilitará que las mujeres que sean víctimas de una violación de la Convención presenten una queja contra sus Estados ante el Comité, de manera que la Convención se convierte en algo más que una mera declaración de principios¹⁷. Y es que al entregar a las mujeres el poder para quejarse contra la discriminación se revitaliza el marco internacional de derechos humanos¹⁸.

3.2. Procedimiento de denuncias individuales ante el CERD

El procedimiento de denuncias individuales seguido ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) responde a las mismas características generales que el seguido ante la CEDAW: es facultativo (según el artículo 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, los Estados Partes pueden formular una declaración aceptando la competencia del CERD); y es cuasijurisdiccional (de manera que sus decisiones sobre el fondo de una denuncia se limitan a hacer sugerencias y/o recomendaciones, sin potestad para su ejecución).

Las denuncias pueden ser presentadas no solo por particulares o en nombre de ellos, sino también por grupos de personas o en representación de tales grupos. Se establece el plazo de 6 meses para la presentación a partir de la fecha del fallo definitivo pronunciado por una autoridad nacional en el caso. El hecho de que el mismo asunto esté pendiente o haya sido objeto de una decisión con arreglo a otro procedimiento internacional no se considerará un obstáculo para la admisibilidad de la denuncia.

Una vez registrada la denuncia, el Estado Parte dispone de tres meses para presentar sus observaciones sobre la admisibilidad de la denuncia o, si no tiene ninguna objeción a este respecto, sobre el fondo. A partir de entonces caben dos posibilidades:

- Si el Estado Parte impugna la admisibilidad, el peticionario dispondrá de seis semanas para presentar sus comentarios sobre las observaciones del Estado parte; a continuación, el CERD adoptará una decisión sobre la admisibilidad; si el CERD concluye que el caso es admisible, el Estado Parte dispondrá de otros tres meses para presentar observaciones sobre el fondo; el peticionario tendrá luego seis semanas para presentar sus comentarios al CERD antes de que este adopte una decisión definitiva.

¹⁷ Kwong-leung TANG, "Internationalizing Women's Struggle against Discrimination: The UN Women's Convention and the Optional Protocol", *British Journal of Social Work* (2004) 34, pág. 1185.

¹⁸ Catharine MACKINNON, "CEDAW's Optional Protocol Procedures", *Interrights Bulletin: A Review of the International Centre for the Legal Protection of Human Rights*, vol. 14, núm. 4, 2004, pág. 174.

- Si, por el contrario, el Estado Parte solo impugna la admisibilidad y solo ha presentado observaciones relativas al fondo, el peticionario dispondrá de seis semanas para presentar sus comentarios antes de que el CERD adopte una decisión definitiva.

Las decisiones sobre el fondo de una denuncia –que, como ocurre con el CEDAW, se denominan opiniones– pueden incluir sugerencias y/o recomendaciones, incluso si ha llegado a la conclusión de que no ha habido violación. Estas sugerencias o recomendaciones pueden ser generales o específicas, y estar dirigidas al Estado Parte concernido en el procedimiento de denuncia individual o a todos los Estados Partes en la Convención. Por lo tanto, las decisiones sobre el fondo de una denuncia no están sometidas a un principio estricto de congruencia, tanto objetivamente (pueden ser generales) como subjetivamente (pueden dirigirse a Estados diferentes al concernido).

3.3. Procedimiento de denuncias individuales ante el CRPD

El procedimiento de denuncias individuales seguido ante el Comité de los derechos de las personas con discapacidad (CRPD) está contemplado en un Protocolo facultativo que se aprobó el mismo día en que se aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Se trata de un tratado separado abierto a los Estados Partes en la Convención, y en el cual se establece la competencia del CERD.

Las denuncias se considerarán inadmisibles tanto si el mismo asunto está siendo examinado por otro procedimiento de investigación o arreglo internacional, como si ya han sido examinadas con arreglo a dicho procedimiento o también por el propio CRPD.

El CERD, aplicando los criterios establecidos en el artículo 12 de la Convención, reconoce la capacidad jurídica de la presunta víctima, independientemente de que esta capacidad la reconozca el Estado Parte contra el que se dirija la denuncia.

4. Sobre la eficacia interna de los dictámenes del CEDAW: el caso González Carreño vs. España

El Caso de Doña Ángela González Carreño es bien conocido, no solo por quienes operan en el mundo jurídico, también más ampliamente por la opinión pública, tanto por la importante trascendencia mediática que en su momento tuvo el asesinato de su hija a manos de su padre, y el suicidio de este, como por la no menos importante trascendencia tanto jurídica como mediática que ha tenido el Dictamen de 16 de julio de 2014 (Comunicación 47/2012) del CEDAW, según el cual España ha incumplido con las obligaciones que le corresponde asumir como Estado parte¹⁹. La trascendencia del Caso, así jurídica

¹⁹ Sobre este Dictamen de 16 de julio de 2014 (Comunicación 47/2012) del CEDAW y la inicial decisión gubernati-

como mediática, continúa merced a la Sentencia 1263/2018, de 17 de julio, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo (Rec. Cas. 1002/2017)²⁰, que, en contra de la inicial decisión gubernativa –confirmada por la Audiencia Nacional–, ha admitido la eficacia interna del Dictamen, a pesar de no haber un trámite previsto para ello en nuestro ordenamiento jurídico interno, a través de una responsabilidad por un anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Merced a esta jurisprudencia, la eficacia de los dictámenes del CEDAW no se detiene en el caso particular, y alcanza un aspecto más general a través de su eficacia doctrinal.

4.1. Eficacia sobre el caso particular

La especial configuración del recurso de casación en el orden contencioso administrativo facilita enormemente la fijación de los términos del debate casacional, pues es la propia Sala del Tribunal Supremo la que fija sus términos mediante un auto. En el caso, la Sala, en Auto de 5/7/2017, precisó que las cuestiones en las que la Sala entiende que existe un interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia son las siguientes: (1) Cuál debe ser el cauce adecuado para solicitar del Estado español el cumplimiento de los dictámenes del Comité de la CEDAW, emitidos en los términos y por el procedimiento previsto en el Protocolo Facultativo de la Convención –ratificado por España–, cuando se contienen en tales dictámenes recomendaciones dirigidas a nuestras autoridades a fin de que reparen los daños derivados del incumplimiento constatado de los derechos previstos en la Convención. (2) O si, como sostiene la sentencia de instancia, la inexistencia de un procedimiento en el ordenamiento español que posibilite dotar de eficacia ejecutiva a aquellas recomendaciones y la ausencia de mecanismos necesarios para la tutela eficaz de los derechos reconocidos en la Convención no permiten exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes, más allá de la posible revisión por los cauces correspondientes de la decisión del Estado español de denegar la reparación solicitada.

El Tribunal Supremo, en una fundamentación jurídica densa e impecable, realiza una serie de consideraciones sobre: (1) el carácter vinculante / obligatorio para el Estado parte de los Dictámenes del Comité de la CEDAW según lo establecido en la Convención –artículo 24– y en el Protocolo –artículo 7.4–, y ello aún reconociendo que ni la Convención ni el Protocolo instauran una instancia superior supranacional, ni el carácter ejecutivo de dichos Dictámenes; (2) la integración en nuestro ordenamiento jurídico del Convenio y el Protocolo, según la Constitución Española –artículo 96–, siendo además criterio interpretativo

va de no darle eficacia interna por no haber trámite previsto para ello en nuestro ordenamiento jurídico interno, José Fernando LOUSADA AROCHENA, “El Caso González Carreño contra España”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 37, 2015.

²⁰ Sobre esta Sentencia del Tribunal Supremo que finalmente sí le dio eficacia interna al Dictamen del CEDAW: José Fernando LOUSADA AROCHENA, “Las consecuencias del Caso González Carreño contra España (a propósito de la STS, Contencioso, de 17 de julio de 2018)”, *Igualdad: Revista Jurídica de Igualdad de la Asociación de Jueces Francisco de Vitoria*, núm. 1, 2018; y Cesáreo GUTIÉRREZ ESPADA, “La aplicación en España de los Dictámenes de Comités Internacionales: La STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, Octubre 2018.

de las normas relativas a los derechos fundamentales –artículo 10.2–; (3) en consecuencia, la no adopción por España de medidas reparadoras del derecho a la no discriminación vulnerado según el Dictamen de la CEDAW representan el mantenimiento de la lesión en los términos de los artículos 14 y 24 de la Constitución Española; y (4) la responsabilidad patrimonial del Estado es el remedio efectivo último para la reparación del derecho, no tanto por estar vinculada al fatal desenlace que ciertamente acaeció hace años, cuanto por no haber sido restaurada la lesión de derechos por el Estado tras el Dictamen del Comité del CEDAW.

A la vista de todo lo anterior, se sienta la siguiente doctrina general: (1) la inexistencia de un cauce específico y autónomo para hacer efectivas en el ordenamiento español las recomendaciones de un Dictamen del Comité de la CEDAW por vulneración de derechos fundamentales reconocidos en la Convención por parte del Estado español, impide exigir autónomamente el cumplimiento de aquellos dictámenes; y (2) no obstante esa afirmación, dado que la existencia de un cauce adecuado y eficaz para hacer valer el reconocimiento de la vulneración de derechos fundamentales ante los órganos judiciales españoles atañe directamente al respeto y observancia por los poderes públicos españoles de los derechos fundamentales, es posible admitir en este caso que ese Dictamen sea el presupuesto habilitante para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como último cauce para obtener la reparación, ello con independencia de la decisión que resulte procedente en cada caso e, incluso, de la posible procedencia de otros en los supuestos de hecho que puedan llegar a plantearse.

Doctrina general que, aplicada al caso, le permite al Tribunal Supremo concluir que la Administración vulneró derechos fundamentales de la recurrente, concretamente sus derechos a la igualdad y a no ser discriminada por razón de sexo, a la integridad física y moral, y a la tutela judicial efectiva, y ello por no asumir la demanda de reclamación de responsabilidad patrimonial y poner fin a los efectos de una declaración de lesión de derechos de la mujer por haber sufrido un acto de discriminación derivado de una situación de violencia sobre la mujer, que le vinculaba en los términos de la Convención y el Protocolo Facultativo. Finalmente, ello conduce a casar y anular la sentencia impugnada, así como la inicial decisión administrativa por silencio, y declarar la obligación de la Administración de reparar esa vulneración imponiéndole directamente una condena por importe de 600.000 € por los daños morales padecidos.

Considerando los argumentos usados en esta Sentencia del TS, las conclusiones alcanzadas para el CEDAW resultan extensibles mutatis mutandis a otros comités integrados en el Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuya competencia haya sido reconocida a través de las oportunas ratificaciones por España.

4.2. Eficacia doctrinal

Hay otra consecuencia derivada de la eficacia interna de los Dictámenes el CEDAW en la que conviene detenerse, y es dar entrada en el ordenamiento interno a los criterios

jurisprudenciales del CEDAW. Se trata de una consecuencia de notable importancia pues el CEDAW ha superado el concepto tradicional de discriminación vinculado a las diferencias de trato entre situaciones de hecho comparables, para asumir un concepto moderno de discriminación vinculado a las diferencias de estado generadoras de desigualdades de oportunidades derivadas de los prejuicios asociados al sexo que colocan a las mujeres en subordinación frente a la posición de los hombres; de ahí que nuestra mejor doctrina científica nos hable de subdiscriminación²¹. De hecho, el Dictamen del Caso González Carreño vs. España se inscribe en una línea doctrinal del CEDAW, perfectamente identificable dentro su jurisprudencia, que avala el enjuiciamiento con una perspectiva de género y que ha cristalizado en la Recomendación General 33 del CEDAW sobre el acceso de las mujeres a la Justicia (2015), en particular en el epígrafe “los estereotipos y los prejuicios de género en el sistema de justicia y la importancia del fomento de la capacidad” (apartados 26 a 29)²².

Y todo esto se aprecia en los razonamientos más significativos que, después del examen de los hechos, el Comité de la CEDAW alcanza en el Caso González Carreño: “todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad”; “en asuntos relativos a la custodia de los hijos y los derechos de visita el interés superior del niño debe ser una consideración esencial, y ... cuando las autoridades nacionales adoptan decisiones al respecto deben tomar en cuenta la existencia de un contexto de violencia doméstica”; “los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial”; “la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica”; “las autoridades del Estado, al decidir el establecimiento de un régimen de visitas no vigilado aplicaron nociones estereotipadas y, por lo tanto, discriminatorias en un contexto de violencia doméstica, y fallaron en su obligación de la debida vigilancia”.

Tal concepto moderno de discriminación sistémica basado en la existencia de estereotipos de género generadores de diferencias de oportunidades y no solo en diferencias puntuales de trato entre mujeres y hombres ya se encuentra asumido en el derecho español a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOPIVG), y de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIEMH).

En la LOPIVG ello se aprecia con toda claridad en la misma definición de la violencia de género en la relación de pareja que es objeto de protección: la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder

²¹ Término acuñado por Maggy BARRÈRE. Véase más ampliamente: Juana María GIL RUÍZ (coord.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminadorio*, Editorial Dykinson (Madrid, 2018); Asunción VENTURA FRANCH / Santiago GARCÍA CAMPÁ, *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*, Editorial Aranzadi (Pamplona, 2019); y María Ángeles (Maggy) BARRÈRE UNZUETA, *Feminismo y Derecho (Fragmentos para un derecho antisubordiscriminadorio)*, Editorial Olejnik (Santiago de Chile, 2019).

²² Sobre esta línea jurisprudencial del CEDAW, y su recepción en la RG 33, José Fernando LOUSADA AROCHENA, *El enjuiciamiento de género*, Editorial Dykinson (Madrid, 2020), págs. 100 a 109.

de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre estas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia” –artículo 1.1–.

Y la LOIEMH concibe la igualdad, no solo como un valor fundamental o un principio –que es como la califica la CE, artículos 1 y 14–, también como un “derecho de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres” –artículo 1–, con la dimensión objetiva o institucional que caracteriza a todo derecho fundamental, según la cual “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas” –artículo 4–. Por ello, asume el principio de transversalidad, dirigido a integrar la perspectiva de género en la totalidad del ordenamiento jurídico y las políticas públicas para erradicar los estereotipos de género –artículos 14 y 15–. En suma, y como se dice en su Exposición de Motivos: “la consideración de la dimensión transversal de la igualdad, señala de identidad del moderno derecho antidiscriminatorio, (es) principio fundamental del presente texto”.

La asunción por el Comité de la CEDAW de este concepto moderno de discriminación por razón de sexo / género casa a la perfección con lo que ya se establece en la LOPIVG y en la LOIEMH. Y, al haberle dado efectividad interna a los Dictámenes del Comité de la CEDAW, la Sentencia 1263/2018, de 17 de julio, de la Sala de lo Contencioso administrativo del Tribunal Supremo, refuerza esta manera de entender la discriminación con la finalidad de su detección, prevención y erradicación. Desde la perspectiva de la aplicación judicial, se podría concluir que el concepto moderno de discriminación que encontramos en la LOPIVG y en la LOIEMH hay que aplicarlo no solo porque lo digan esas leyes: también porque lo dice la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW).

Si todo esto lo proyectamos sobre los demás comités del Sistema de Tratados de Derechos Humanos de Naciones Unidas, la doctrina por ellos sentada debe ser tomada muy en consideración, de ahora en adelante, en la legislación y en la doctrina judicial cuando en el litigio esté implicado alguno de los derechos humanos reconocidos en alguno de los tratados ratificados por España –como de hecho ya debería ser así si consideramos que los tratados una vez ratificados forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, que los comités realizan una suerte de interpretación auténtica, y que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que nuestra Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, según se establece en el artículo 10.2 de nuestra Constitución–.

Una aproximación teórica a las olas del feminismo: la cuarta ola

A theoretical approach to the waves of feminism: the fourth wave

NANI AGUILAR BARRIGA *

*Doctoranda
Facultad de Derecho de Málaga*

Recibido: 05/07/2019

Aceptado: 12/02/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5387>

Resumen. Este estudio tiene por objeto dar visibilidad a las primeras voces feministas que, en un primer momento, de forma individual a través de sus obras y en un segundo momento, de forma colectiva con el surgimiento del movimiento feminista, lucharon y luchan por una sociedad donde el hombre y la mujer se encuentren en una situación de equilibrio; de misma valoración y consideración y dispongan de los mismos derechos y oportunidades. De esta manera, el presente análisis se adentrará en las conocidas como Olas del feminismo, que pondrán de manifiesto, cómo las mujeres partiendo de una situación de discriminación e invisibilización, mantenida y perpetuada a través de la Historia por los roles de género y el patriarcado, en todos los ámbitos de la sociedad; social, político, económico, cultural, civil, religioso y privado, fueron dando pasos hacia la igualdad. El estudio finalizará incidiendo de manera especial en las numerosas y masivas manifestaciones de mujeres y hombres feministas en todas las partes del planeta e, indicadores, que hacen posible hablar de la existencia de la Cuarta Ola feminista y de sus objetivos: La lucha por la eliminación de todas las formas de violencia hacia la mujer por el simple hecho de ser mujer, incluida la violencia sexual y prostitución y, la consecución de la paridad real entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos.

Palabras clave: Olas del feminismo, Primera Ola del feminismo, Segunda Ola del feminismo, Tercera Ola del feminismo, Cuarta Ola del feminismo, igualdad real.

Abstract. This study aims to give visibility to early feminist voices at first, individually through their works and in a second moment, collectively with the rise of the feminist movement, fought and are fighting for a society where man and woman are in a state of equilibrium; the same valuation and consideration and which have the same rights and opportunities. Thus, this analysis will delve into what are known as waves of feminism, which will emerge, how women from a situation of discrimination and invisibility, maintained and perpetuated throughout history by gender roles and patriarchy in all spheres of society; social, political, economic,

*nani_aguilar@hotmail.es

cultural, civil, religious and private, they were taking steps toward equality. The study will be completed focusing especially in the many mass demonstrations of women and feminist men in all parts of the world and, indicators that make it possible to speak of the existence of the Fourth Wave feminism and its objectives: The struggle for elimination of all forms of violence against women simply because they are women, including sexual violence and prostitution and parity between men and women in all areas.

Keywords: Waves of feminism, First Wave of feminism, Second-Wave feminism, Third-Wave feminism, Fourth-Wave of feminism, real equality.

1. Visibilizando a las primeras voces feministas

“Los roles masculinos y femeninos no están fijados biológicamente, sino que son construidos socialmente”

JUDITH BUTLER

El movimiento colectivo feminista de transformación de la sociedad, de la realidad, se articula como un proceso, como una sucesión de etapas, las llamadas Olas del feminismo, iniciado, por esas primeras voces feministas que, en un primer momento, de forma individual, visualizaron un mundo libre de violencia, libre de desigualdades que se originaban por el simple hecho de nacer mujer.

A modo introductorio, previamente a proceder a realizar un análisis detallado de las diferentes etapas en la lucha por la igualdad entre el hombre y la mujer; las Olas del feminismo, hasta llegar a mostrar la situación de la mujer actualmente en nuestras sociedades del siglo XXI, hay que remitirse a las siguientes palabras esclarecedoras:

La violencia contra las mujeres, aún en un universo de violencia, presenta claves específicas, es decir, formas específicas de legitimación, basadas no en su condición de personas sino de mujeres. Esta legitimación procede de la conceptualización de las mujeres como inferiores y como propiedades de los varones, a los que deben respeto y obediencia y encuentra un refuerzo crucial en los discursos religiosos, entonces, si unimos el discurso tradicional de la religión, con el discurso costumbrista-popular, (...) con el discurso radical de Rousseau y el discurso trasgresor de Nietzsche, observaremos que desde todos los lados del abanico ideológico ha estado y está justificado la violencia¹.

El feminismo, hace memoria, la feminista Ana de Miguel:

Como teoría y como movimiento social ha recorrido un largo camino repleto de dificultades hasta llegar a redefinir la violencia contra las mujeres como un problema social y político (...) Una de las tareas decisivas del feminismo ha consistido en descubrir y desarticular las múltiples y a veces contrapuestas formas de legitimación ancladas en nuestra sociedad².

¹ De Miguel, Ana. (2005). La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género. Cuadernos de Trabajo Social. Vol. 18, p. 235.

² Ibidem op. cit. p. 232.

Cuando se define el feminismo como movimiento social, debe entenderse por movimiento social como una forma de acción colectiva, “cuya existencia es en sí misma una forma de percibir la realidad, ya que vuelve controvertido un aspecto de la realidad que fue previamente aceptado como normativo”³, con capacidad para producir nuevas normas en la sociedad.

El sociólogo cultural americano Joseph Gusfield, cuando analiza los movimientos sociales, puntualiza: “La misma existencia de un movimiento social (...) presenta un aspecto de la vida social que ahora está sometido a discusión pública, aunque anteriormente hubiera sido aceptado como la norma. Donde la elección y la discusión estaban ausentes, están ahora presentes las alternativas”⁴.

Retoma la autora Ana de Miguel las palabras de la filósofa feminista Celia Amorós cuando reflexiona en torno a la teoría feminista:

Teoría crítica que irracionaliza la visión establecida de la realidad y, nos recuerdan la raíz etimológica de teoría, que en griego significa ver, para subrayar el que es el fin de toda teoría: posibilitar una nueva visión, una nueva interpretación de la realidad, su resignificación (...) La teoría, pues, nos permite ver cosas que sin ellas no vemos, el acceso al feminismo supone la adquisición de un nuevo marco de referencia, unas gafas que muestran a menudo una realidad ciertamente distinta de la que percibe la mayor parte de la gente⁵.

La etapa histórica del Renacimiento, movimiento cultural que surge en Europa occidental en los siglos XV y XVI, supuso el momento histórico en el que se introdujo la semilla de la igualdad gracias a las primeras mujeres que, en sus obras, empiezan a cuestionarse los inmutables deberes, posición subordinada e, invisibilidad, asignados por la cultura y la sociedad a la mujer.

Entre las primeras voces que se fueron alzando para hacer constar la injusticia, desigualdad, discriminación y desequilibrio, al que estaban sometidas y de que eran objeto las mujeres, se encuentra la voz de la primera escritora reconocida Christine de Pizán (1365-1431) que, en 1405, escribió su obra *La ciudad de las Damas*.

En la obra *La Ciudad de las Damas*, Christine de Pizán, reflexionó sobre cómo sería una ciudad donde no existieran las guerras fomentadas por el hombre⁶, cuando se planteaba: “Me preguntaba cuáles podrían ser las razones que llevan a tantos hombres, clérigos y laicos a vituperar a las mujeres, criticándolas, bien de palabra, bien en escritos y tratados”⁷.

La autora francesa Christine de Pizán, analiza y visibiliza, la feminista española Nuria Varela, “decide fiarse más de su experiencia que de los escritos masculinos y con esa

³ Laraña, Enrique., Gusfield, Joseph. (Eds.), (1994). Los nuevos movimientos sociales. De la ideología a la identidad. Madrid: Centro Investigaciones Sociológicas (CIS), p. 68.

⁴ Ibidem op. cit. p. 106.

⁵ De Miguel, Ana. (2005). La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género. Cuadernos de Trabajo Social. Vol. 18, p. 234.

⁶ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 24.

⁷ De Pizán, Christine. La ciudad de las Damas, traducción de Marie-José Lemarchand, Siruela, Madrid, 2.a ed, 2001, pág. 64.

idea escribe La ciudad de las damas (...) Se adjudicó a Boccaccio hasta 1786, cuando otra mujer, Louise de Kéralio, recuperó para Christine de Pizán la autoría del libro"⁸.

Las ideas que Christine de Pizán desarrolla de su Ciudad Nueva⁹, se inspiran en una obra del escritor italiano Giovanni Boccaccio, en concreto, en su obra *Claris Mulieribus*. La protagonista de la obra *La ciudad de las Damas* es una mujer viuda que como Christine de Pizán se enfrenta a dificultades económicas para poder conservar sus posesiones cuando se encuentra en la viudez. La escritora De Pizán, "tiene sus primeros contactos con el derecho (...) en los pleitos que entabló como viuda para defenderse del expolio de sus bienes"¹⁰.

Christine de Pizán, refleja de forma, muy detallada, los abusos de poder de los hombres sobre las mujeres:

La Ciudad de las Damas como baluarte para resistir el asedio de la violencia masculina, escrita o gestual, la metáfora de la mujer que se encierra para liberarse vuelve a menudo a la obra de Cristina de Pizán como un elogio de mujeres independientes, que rompieron vínculos familiares y escaparon de la autoridad paterna y/o marital para recluirse en abadías; algo que, por supuesto, tenemos que situar en la época recordando que aquélla solía ser la única salida para las mujeres que tenían pretensiones intelectuales o aspiraban a recibir estudios, más simple aún, querían llegar a ser ellas mismas¹¹.

La construcción de la Ciudad Perfecta¹² de Christine de Pizán, remite, asimismo, a la Ciudad de Dios de San Agustín, pero, a diferencia de ésta, *La Cité des Dames* permite la existencia de mujeres ejemplares y célebres: "Queda terminada la construcción de nuestra Ciudad que os acogerá a todas. Vosotras que os apreciáis de virtud, dignidad y fama, seréis bien acogidas en una Ciudad levantada y edificada para todas las mujeres de mérito, las de ayer, hoy y mañana"¹³.

La siguiente voz "pionera de un feminismo incipiente" fue Marie de Gournay (1565-1645), autora de las obras *Igualdad entre los hombres y las mujeres* y *Agravio de damas*, donde "rechaza la desigualdad natural de los sexos apostando por la educación como medio reparador"¹⁴.

María de Zayas (1590-1661) fue, asimismo, una de las primeras escritoras europeas y, precursora del feminismo español que, a través de su obra, denunció la opresión de que

⁸ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 25.

⁹ De Pizán, Christine. La ciudad de las Damas, traducción de Marie-José Lemarchand, Siruela, Madrid, 2.a ed, 2001, p. 272.

¹⁰ Ibidem op. cit. p. 22.

¹¹ De Pizán, Christine. La ciudad de las Damas, traducción de Marie-José Lemarchand, Siruela, Madrid, 2.a ed, 2001, p. 48.

¹² Fernández, Etelvina. (2007). El conocimiento del pasado a través del Libro de la Ciudad de las Damas de Christine de Pizán. Anuario del Departamento de Historia y Teoría del Arte (U.A.M.). Vol. XIX. Instituto de Estudios Medievales. Universidad de León. Recuperado de <https://revistas.uam.es/anuario/article/view/2400>.

¹³ Ibidem op. cit. p. 272.

¹⁴ Rodriguez, Rosa María. (Ed.), (1997). Mujeres en la historia del pensamiento. Valencia: Anthropos. p. 11.

fue objeto la mujer. Fue “una de las poquísimas mujeres escritoras (...) que precisamente tanto luchó por la incorporación a la mujer al mundo de los estudios y la cultura”¹⁵.

La razón de ser de la escritura de María Zayas, “es (...) la de enseñar a las mujeres. Ésta relaciona íntimamente didactismo y feminismo que constituyen la piedra angular de su visión del mundo (...) La veracidad de su historias y personajes se entiende como el deseo de dar vida a sus novelas con el objeto de relacionarlo con la vida de sus lectoras que es lo que quiere contribuir a transformar”¹⁶. Lo que la escritora “exige para las mujeres es el derecho a la cultura de forma que puedan desarrollar su inteligencia y competir con el hombre en el campo del saber, el derecho a la elección del marido que le permita expresar sus sentimientos afectivos y, por último, el derecho a la libertad de acción”¹⁷. Sus argumentos “parten de la igualdad en esencia entre hombre y mujer, a los que separa únicamente, el estudio y la dedicación”¹⁸.

Reflexiona, así, María de Zayas, en su primera obra *Tres novelas amorosas y tres desengaños amorosos*: “Esta virtuosa osadía de sacar a la luz mis borrones, siendo mujer (...) porque de esta materia de que nos componemos los hombres y las mujeres, ya sea una trabazón de fuego y barro, o ya una masa de espíritus y terrones, no tiene más nobleza en ellos que en nosotras, si es una misma la sangre, los sentidos, las potencias y los órganos por donde se obra sus efectos son uno mismo, la misma alma que ellos, porque las almas ni son hombre ni son mujeres; ¿Qué razón hay para que ellos sean sabios y presuman que nosotras no podemos serlo? Esto no tiene más respuesta que su (...) tiranía en encerrarnos, y no darnos maestros; y así, la verdadera razón de no ser las mujeres doctas no es defectos del caudal, sino falta de aplicación porque si (...) nos diieran libros y preceptores fuéramos tan aptas para los puestos y para las cátedras como los hombres”¹⁹.

En la etapa histórica del Renacimiento no se habla todavía de la palabra feminismo. Las quejas y denuncias de las primeras mujeres contra la opresión que sufrían no se consideran feministas puesto que “no cuestionaban el origen de esa subordinación femenina. Tampoco se había articulado siquiera, un pensamiento destinado a recuperar los derechos arrebatados a las mujeres”²⁰. De toda esta disputa, la historia “apenas ha respetado los textos femeninos o aquellos que defendían a las mujeres, pero sí ha llegado hasta nuestros días la reacción a ellos, como señala Ana de Miguel, con obras tan (...) misóginas como *Las mujeres sabias* de Molière o *La culta latiniparla* de Quevedo”²¹.

¹⁵ De Zayas, María. (1989). *Tres novelas amorosas y tres desengaños amorosos*. Madrid: Editorial Castalia, S.A., p. 12.

¹⁶ Ibidem op. cit. pp. 33- 34.

¹⁷ De Zayas, María. (1989). *Tres novelas amorosas y tres desengaños amorosos*. Madrid: Editorial Castalia, S.A., pp. 35-36.

¹⁸ Ibidem op. cit. p. 36.

¹⁹ Ibidem op. cit. pp. 47-48.

²⁰ Varela, Nuria. (26/01/2013). Christine de Pizán y “La ciudad de las damas”. Recuperado de <http://nuriavarela.com/christine-de-pizan-y-la-ciudad-de-las-damas/>.

²¹ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 26.

2. Primera Ola del feminismo (siglos XVIII - XIX)

“El hombre hace, la mujer es”
CHARLOTTE BRONTË

El siguiente autor que por la importancia de sus contribuciones en la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres es necesario destacar es el filósofo y pensador francés, precursor feminista, François Poullain de la Barre, quien en la horquilla cronológica de 1673 y 1675, publica tres obras que se pueden calificar de obras feministas: *De la igualdad de los sexos*, *La educación de las damas para la conducta del espíritu en las ciencias y las costumbres* y *La excelencia de los hombres contra la igualdad de los sexos*²².

En palabras de la feminista española Celia Amorós, en la obra *De la igualdad de los sexos*, François Poullain de la Barre, “trata de derivar, a favor de los derechos de las mujeres, las implicaciones de las críticas cartesianas del prejuicio, la tradición y el argumento de autoridad, así como del dualismo mente-cerebro”²³.

De la educación de las damas para la conducta del espíritu en las ciencias y las costumbres, tiene una gran relevancia, siendo que el filósofo francés François Poullain de la Barre, “sienta las bases para un programa educativo igualitario y universal para ambos sexos (...) No cesa de reivindicar que el cerebro no tiene sexo, que el conocimiento y la educación es accesible a todos por igual y, por tanto, todos podemos participar en la vida pública”²⁴.

La tercera obra del filósofo, François Poullain de la Barre, que habría que calificar de feminista, es *La excelencia de los hombres contra la igualdad de los sexos*, “donde Poullain intenta desmontar uno a uno, los argumentos en contra de la igualdad de las mujeres, refutándose a sí mismo y reconstruyendo argumentos basados en la razón”²⁵.

En España, el estudio y análisis del pensamiento del filósofo François Poullain de la Barre, viene de la mano²⁶, de la filósofa española Celia Amorós que lo define como “un precursor pre-ilustrado del feminismo (...) Su pensamiento representa un momento particularmente lúcido y pregnante de la autoconciencia crítica de la especie en una fase muy significativa de su evolución social y cultural”²⁷.

Si el filósofo francés François Poullain de la Barre fue una de las primeras voces que se alzaron por la lucha de la igualdad entre mujeres y hombres, “la Revolución francesa y la Ilustración alumbraron el feminismo”²⁸.

²² León, Stella. (2010). François Poullain de la Barre: Feminismo y Modernidad. Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía, Nº 11, p. 261.

²³ Amorós, Celia. (1997). Tiempo de feminismo. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad. Madrid: Ediciones Cátedra, S.A., pp. 110 y ss.

²⁴ León, Stella. (2010). François Poullain de la Barre: Feminismo y Modernidad. Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía, Nº 11, p. 262.

²⁵ Ibidem op. cit. p. 44.

²⁶ Ibidem op. cit. p. 38.

²⁷ Idem op. cit. p. 38.

²⁸ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 23.

Se comienzan a plantear en la etapa histórica de la Revolución francesa las siguientes cuestiones importantes: “¿Por qué están excluidas las mujeres? ¿Por qué los derechos sólo corresponden a la mitad del mundo, a los varones? ¿Dónde está el origen de la discriminación? ¿Qué podemos hacer para combatirla?”²⁹.

Como siguientes voces feministas muy destacadas por su lucha contra la situación de opresión en la que se hallaba la mujer dentro de la Primera Ola del feminismo, se encuentran la voz de la escritora feminista francesa Olympe de Gouges, cuyo nombre original es Marie Gouze, que en 1791 escribe *La declaración de los Derechos de la Mujer y la Ciudadana* y la voz de la filósofa inglesa Mary Wollstonecraf que tan sólo un año después, en 1792, escribe la *Vindicación de los derechos de la mujer*, “considerada la obra fundamental del feminismo”³⁰.

Como reacción a la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789 en la que “se pregon a los cuatro vientos la igualdad universal y se deja sin derechos civiles y políticos a todas las mujeres”³¹, como asimismo asevera la filósofa española Celia Amorós, surge la obra de la feminista francesa Olympe de Gouges, *La Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* que la sitúa como la precursora en el camino de la lucha y defensa de los derechos de la mujer.

En el Preámbulo de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* de 1791 la feminista Olympe de Gouges, plasmó:

Exponer en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados de la mujer a fin de que esta declaración recuerde sin cesar a todos los miembros del cuerpo social sus derechos y sus deberes, a fin de que los actos de poder de las mujeres y los del poder de los hombres puedan ser, en todo instante, comparados con el objetivo de toda institución política y sean más respetados por ella, a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundados a partir de ahora en principios simples e indiscutibles, se dirigen siempre al mantenimiento de la constitución, de las buenas costumbres y de la felicidad para todos.

Más allá del Preámbulo de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*, en el artículo primero de la Declaración, Olympe de Gouges, hizo constar las siguientes palabras: “La mujer nace libre y permanece igual al hombre en derechos, las distinciones sociales sólo pueden estar fundadas en la utilidad común”. El artículo 1 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, estableció: “Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales solo pueden fundarse en la utilidad común”. Como contenido esencial de la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana, el artículo 10, recogió, las siguientes palabras: “La mujer tiene derecho a ser llevada al cadalso y del mismo modo a subir a la tribuna con tal que sus manifestaciones no alteren el orden público establecido por la ley”.

²⁹ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 14.

³⁰ Ibidem op. cit. p. 23.

³¹ Amorós, Celia. (Dir.), (2000). Feminismos, 10 palabras clave sobre mujer. Pamplona: Verbo Divino, p. 10.

En la obra *Los feminismos a través de la historia*, se plantea la siguiente cuestión, sobre la etapa histórica de la Revolución francesa en la que Olympe de Gouges escribió la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana*:

Las mujeres no podían subir a la tribuna, pero sí podían subir al cadalso ¿Cuál era su falta? La prensa revolucionaria de la época lo explica claramente cuando establecían que habían transgredido las leyes naturales adjurando su destino de madres y esposas, queriendo ser hombres de estado. El nuevo código civil napoleónico, cuya extraordinaria influencia ha llegado prácticamente a nuestros días se encargaría de plasmar legalmente dicha ley natural³².

No todos los Ilustrados fueron incongruentes³³, incide la feminista Nuria Varela.

En 1791 junto a la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* de Olympe de Gouges, Marie Jean Antoine Nicolás de Caritat, Marqués de Condorcet, reclamó la admisión de las mujeres al derecho a la ciudadanía. Para el Marqués de Condorcet, diputado de la Asamblea Legislativa en Francia (tras la Constitución de 1791):

Los principios democráticos significaban que los derechos políticos eran para todas las personas, llegando a ironizar burlándose de los prejuicios de la época de la siguiente manera ¿Por qué unos seres expuestos a embarazos y a indisposiciones pasajeras no podían ejercer derechos de los que nunca se pensó en privar a la gente que tiene gota todos los inviernos o que se resfría fácilmente?³⁴

En 1792, un año después de la redacción de la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* de Olympe de Gouges, la escritora feminista inglesa Mary Wollstonecraf, redactaba su obra más conocida, *Vindicación de los derechos de la mujer*.

La filosofa feminista Amelia Valcárcel, cuando valora y analiza la obra de Mary Wollstonecraf, *Vindicación de los derechos de la mujer*, señala: "La novedad teórica de Mary Wollstonecraf era que, por primera vez, llamaba privilegio al poder que siempre habían ejercido los hombres sobre las mujeres de forma natural, es decir, como si fuera un mandato de la naturaleza"³⁵. Valcárcel, refiere, asimismo, sobre la filósofa feminista Mary Wollstonecraf:

Wollstonecraft decanta la polémica de los sexos ilustrada mediante el uso de categorías universales políticas cuya fuente se encuentra en el derecho natural racional. Pero a la vez inaugura la crítica de la condición femenina. Supone que bastantes de los rasgos de temperamento y conducta que son considerados propios de las mujeres son en realidad producto de su situación de falta de recursos y libertad. Así, desde su visión ilustrada niega

³² De Miguel, Ana. (2011). Los feminismos a través de la historia. Recuperado de <https://web.ua.es/es/sedealiciente/documents/programa-de-actividades/2018-2019/los-feminismos-a-traves-de-la-historia.pdf>.

³³ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U, p. 34.

³⁴ Ibidem op. cit. p. 26.

³⁵ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U, p. 31.

que la jerarquía masculina sea otra cosa que un privilegio injusto avalado por prejuicios inmemoriales³⁶.

En la obra *Vindicación de los derechos de la mujer*, Mary Wollstonecraf, realizó, “una crítica razonada e inteligente a aquellos pensadores que conceptualizaban la naturaleza femenina como inferior a la masculina y que, en consonancia con ello, postulan la exclusión de las mujeres de sus derechos civiles y políticos”³⁷.

Entre los autores que destacaron por tener un pensamiento de minusvaloración de la mujer y profundamente patriarcal, Mary Wollstonecraf, procede a rebatir las palabras del filósofo Jean Jacques Rousseau, aunque es necesario recordar, que “la autora inglesa no critica exclusivamente a Rousseau sino también, a cuantos escritores habían conceptualizado un modelo de mujer inferior al varón”³⁸.

Mary Wollstonecraf selecciona para su análisis y rebate una de las obras más destacadas del filósofo suizo Jean-Jacques Rousseau. En el capítulo V de la obra *Emilio o de la educación* del siglo XVIII, Rousseau hace uso de un personaje ficticio, Sofía, para desarrollar lo que él denominaba:

La verdadera naturaleza de la mujer, de tal modo que presenta a Sofía con una naturaleza inferior y social subordinada a la de Emilio (...) Subrayando con precisión y claridad la igualdad como un rasgo natural de pura naturaleza, por lo que hace una operación que consiste en aislar a las mujeres y sacarlas de su carácter históricamente construido y devolverlas a un estado presocial que establece la desigualdad de los sexos: Una gran parte de *Vindicación de los derechos de la mujer* está consagrada a mostrar las groseras incoherencias del más radical de los pensadores de la Ilustración³⁹.

Hace uso de las siguientes palabras la feminista Mary Wollstonecraf cuando reflexiona sobre la obra de *Emilio o de la educación* de Jean-Jacques Rousseau:

Probablemente yo he tenido la oportunidad de observar más niñas en mi infancia que Jean Jacques Rousseau. Puedo recordar mis propios sentimientos y he observado a mi alrededor con detenimiento, en pocas palabras, niñas y niños jugarían juntos, si no se inculcara la distinción de sexos mucho antes de que la naturaleza haga alguna diferencia, publicando una doctrina cargada de daño⁴⁰.

Las ideas más importantes de Mary Wollstonecraf en su obra *Vindicación de los derechos de la mujer* quedan reflejadas en el capítulo de conclusiones de la siguiente manera:

³⁶ Valcárcel, Amelia. (2001). La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago de Chile: Naciones Unidas (CEPAL). Serie Mujer y Desarrollo, nº 31, p. 12.

³⁷ Amorós, Celia. (2005). Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Madrid: Minerva Ediciones, S.L., p. 135.

³⁸ Idem op. cit. p. 135.

³⁹ Amorós, Celia. (2005). Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Madrid: Minerva Ediciones, S.L., p. 136.

⁴⁰ Wollstonecraf, Mary. (1994). *Vindicación de los derechos de la mujer*. Madrid: Cátedra-Instituto de la Mujer, pp. 162-163.

1. Lo que dicen para los hombres lo extiendo al género humano, insistiendo en que la moral debe estar fijada a principios inmutables en todas las cosas (...) 2. No se puede llamar racional o virtuoso a un ser que obedece a otra autoridad que no sea la razón (...) 3. Para que las mujeres se conviertan en miembros útiles para la sociedad se las debe conducir a través de la educación y la formación (...) 4. La idea de que de una revolución en los modales femeninos basados en la formación e igualdad entre hombres y mujeres podrían esperarse los efectos más saludables, tendentes a mejorar la humanidad⁴¹.

La feminista Mary Wollstonecraf, inicia su vida y la acaba, repitiéndose:

Las monstruosas preguntas que su hija Mary Shelley pondría luego en boca del sueño de la razón de Frankenstein cuando éste se descubrió así mismo como único y monstruoso, definida su identidad a través del terror y el rechazo que su mera apariencia suscitaba en los demás: ¿Quién soy? ¿Qué soy? ¿De dónde vengo? ¿Cuál es mi destino?⁴².

En 1775 se prohíbe a las mujeres la posibilidad de asistir a las Asambleas políticas. Posteriormente, el Código Civil francés de 1804, conocido oficialmente como Código Napoleónico a partir de 1807, imitado por toda Europa, hace de nuevo del matrimonio un contrato desigualitario para las partes. El artículo 321 del Código Civil determinaba así, la obediencia de la mujer al marido y, al mismo tiempo, sólo se le concedía el divorcio a la mujer en el caso de que el marido, llevase a su concubina al domicilio conyugal⁴³.

El Código Civil francés o Código Napoleónico, hace concreción la filósofa Amelia Valcárcel, consagró la minoría de edad perpetua de las mujeres:

Eran consideradas hijas y madres en poder de sus padres, esposos e incluso hijos (...) Las mujeres no tenían derecho a administrar su propiedad, fijar o abandonar su domicilio, ejercer la patria potestad, mantener una profesión o emplearse sin permiso, rechazar a un marido violento. La obediencia, el respeto, la abnegación y el sacrificio quedaban fijados como sus virtudes obligatorias⁴⁴.

Otra de las formas en que las mujeres de la etapa de la Ilustración y Revolución francesa se manifestaron en contra de la subordinación histórica de la mujer fue a través de los Cuadernos de Queja, redactados, en 1789. Creados para dar a conocer y hacer llegar las reivindicaciones de las mujeres a los Estados generales. Las mujeres “quedaron excluidas de la Asamblea General y entonces se volcaron en los Cuadernos de Quejas donde hicieron oír sus voces por escrito, desde las nobles hasta las religiosas pasando por las mujeres del pueblo”⁴⁵. Los citados Cuadernos de Queja, “suponían un testimonio colectivo de las esperanzas de cambio de las mujeres”⁴⁶.

⁴¹ Ibidem op. cit. pp. 390-394.

⁴² Ibidem op. cit. p. 14.

⁴³ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., pp. 41-42.

⁴⁴ Valcárcel, Amelia. (2001). La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago de Chile: Naciones Unidas (CEPAL). Serie Mujer y Desarrollo, nº 31, p. 13.

⁴⁵ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 30.

⁴⁶ Blanco, Oliva. (2000). Olimpia de Gouges (1748-1793). Madrid: Ediciones del Orto, p. 38.

El movimiento feminista seguirá con la lucha que iniciaron las mujeres del siglo XVIII. Mujeres que seguían sin poder disfrutar de ningún derecho, “sin capacidad de ciudadanía y fuera del sistema normal educativo, (...) fuera del ámbito completo de los derechos y bienes liberales. Por ello el obtenerlos, el conseguir el voto y la entrada en las instituciones de alta educación, se convirtieron en los objetivos del sufragismo”⁴⁷.

3. La Segunda Ola feminista (2^a mitad del siglo XIX - 1^{er} tercio del siglo XX)

“Negamos el derecho de que cualquier parte de la especie humana decida por otra parte, o cualquier individuo por otro individuo qué es y qué no es la esfera propia de cada uno. La esfera propia es, para todos los seres humanos, la más ancha y la más alta que puedan conseguir”

HARRIET TAYLOR MILL

El origen inmediato del movimiento a favor de los derechos de la mujer del siglo XIX, fue, la cruzada antiesclavista: “En el Congreso Mundial Antiesclavista celebrado en Londres en 1840, un grupo de delegadas americanas se vieron excluidas del mismo, aludiendo a que su participación activa ofendería a la opinión pública británica, relegándolas a las tareas domésticas y, negándoles por tanto la voz y la palabra”⁴⁸.

En 1848, nace la Declaración de Séneca Falls, conocida, asimismo, como Declaración de Sentimientos o de Pareceres. El primer texto del sufragismo organizado por Lucretia Mott y Elizabeth Cady Stanton.

La Declaración de Séneca de 1848 fue un texto desarrollado a partir de la Declaration of Independence of the Thirtheen Colonies de 1776, en la que se reemplazó las palabras King Georg por all men, al ser los hombres los que oprimían a las mujeres y, padres los fundadores los que redactaron la Declaration of Independence e, incluyeron, una relación de reclamaciones y quejas de las mujeres en aquel periodo histórico. Entre las quejas y reclamaciones que recogía la Declaración de Séneca Falls se encontraban esas denuncias por las restricciones sobre todo políticas a las que estaban sometidas las mujeres: “Las mujeres no podían votar, ni presentarse a elecciones, ni ocupar cargos políticos, ni afiliarse a partidos políticos o asistir a reuniones políticas”⁴⁹.

En torno al derecho al voto de las mujeres y a la igualdad entre hombres y mujeres establecieron, así, dos de los considerandos de la Declaración de Séneca Falls: “es deber de las mujeres de este país asegurarse el sagrado derecho del voto”, señaló el primer considerando, “la igualdad de los derechos humanos es consecuencia del hecho de que toda la raza humana es idéntica en cuanto a capacidad y responsabilidad”, determinó el segundo considerando.

⁴⁷ Valcárcel, Amelia. (2001). La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago de Chile: Naciones Unidas (CEPAL). Serie Mujer y Desarrollo, nº 31, p. 14.

⁴⁸ Ramírez, María Dolores., González, Juan., Cerrato, Daniele., y Martín, Milagro. (2011). La querella de las mujeres de España a Latinoamérica. Vol. 2. Sevilla: Arcibel.

⁴⁹ Miyares, Alicia. (1999). 1848: El manifiesto de Seneca Falls. Revista Leviatán, nº 75, pp. 135-158.

Las feministas americanas Elizabeth Cady Stanton y Susan B. Anthony, fundaron en 1868, la Asociación Nacional pro Sufragio para la Mujer y, tan solo un año después, en 1869, Wyoming se convirtió en el primer Estado que reconoció el derecho al voto de las mujeres⁵⁰.

La activista por los derechos de la mujer y abolicionista, Sojourner Truth, fue una de las numerosas voces que se unen al feminismo y al sufragismo en la lucha por el derecho al voto. Sojourner fue la única mujer afroamericana abolicionista y defensora de los derechos de la mujer que consiguió asistir a la primera Convención Nacional de los Derechos de la Mujer en Worcester en 1850. El discurso realizado por Sojourner Truth, “abrió el camino para el desarrollo del feminismo de las mujeres negras en América y demostraba que las supuestas debilidades naturales de las mujeres, o, sus incapacidades (...) sólo eran disquisiciones absurdas e interesadas”⁵¹. Sojourner, “hizo honor a su nombre –literalmente, Verdad Viajera– y predijo allí donde pudo algunas verdades que cuestionaban aún más los discursos que justificaban la exclusión de las mujeres”⁵².

En 1861, el filósofo inglés John Stuart Mill escribió su conocida obra *La sujeción de la mujer*, aunque no la publicó hasta 1869. Obra fundamental del feminismo y que contribuyó de una manera esencial en la lucha de las sufragistas contra los prejuicios históricos sobre la mujer. En palabras de las filósofas feministas Ana de Miguel y Celia Amorós, la obra de Mill, *La sujeción de la mujer*, es “una de las obras que más y mejor contribuyeron a clarificar la auténtica maraña ideológica patriarcal de la sociedad decimonónica, a mirar con ojos nuevos y lograr ver a través del gran chorro de tinta de calamar que oscurecía la condición real de las mujeres y se sintetizaba en la apelación final a la naturaleza de la mujer”⁵³. Amorós, refiere cómo el historiador británico Richard J. Evans detalla la influencia de la obra de John Stuart Mill en el movimiento de la mujer cuando reflexiona: “El ensayo de Mill, *La sujeción de la mujer* publicado en 1869, fue la biblia de las feministas”⁵⁴.

El feminismo respeta al filósofo feminista John Stuart Mill por su obra *La sujeción de la mujer* y por su trabajo como político diputado en la Cámara de los Comunes (el Parlamento inglés), donde pretendió cambiar la palabra de hombre por persona en la reforma electoral que se deliberaba en aquella época⁵⁵.

Veintiséis naciones ya habían reconocido a la mujer en distinto grado, derechos civiles y políticos hacia 1920 y, en 1964 dicho número llegó a 104, por todo ello, nos dice la feminista Kate Millett, “resulta indudable que se produjo un profundo cambio social cuya simiente ya había sido plantada en Inglaterra y América durante el siglo XIX”⁵⁶.

⁵⁰ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., pp. 49-50.

⁵¹ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 57.

⁵² Ibidem op. cit. p. 56.

⁵³ Amorós, Celia., De Miguel, Amelia. (Eds.), (2005). Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Madrid: Minerva Ediciones, S.L., p. 178.

⁵⁴ Idem op. cit. p. 178.

⁵⁵ De Miguel, Ana. (1994) Deconstruyendo la ideología patriarcal. Un análisis de la “Sujeción de la mujer”, en Amorós, Celia. (coord.), Historia de la teoría feminista, pp. 49-68 (p. 52).

⁵⁶ Millett, Kate. (1969). La política sexual. Madrid: Ediciones Cátedra, S. A., p. 160.

Recuperando otra voz feminista que ha sido invisibilizada a través de la historia y que luchó contra las injusticias y discriminación fragante que sufría la mujer; la feminista francesa Flora Tristán, como sus predecesoras en el feminismo, une tanto vida, como obra, como denuncia⁵⁷. En 1843, publica su obra *Unión Obrera* donde refiere: "Todas las desgracias del mundo provienen de este olvido que hasta hoy se ha hecho de los derechos naturales e imprescriptibles de la mujer"⁵⁸. Desarrollando esta idea de injusta situación para las mujeres, Tristán, seguía reflexionado, así: "Reclamo derechos para la mujer porque es el único medio para obtener su rehabilitación frente a la Iglesia, frente a la ley y frente a la sociedad"⁵⁹. Tristán, señaló como idea básica: "El reconocimiento, en principio, de la igualdad de derechos del hombre y de la mujer como único medio de construir la unidad humana"⁶⁰.

Puesta de manifiesto la lucha mantenida en el tiempo por conseguir equilibrar en derechos al hombre y mujer, llevada a cabo, por mujeres y hombres feministas que se comprometieron con su vida y su obra por la igualdad en la Primera Ola y Segunda Ola del feminismo, se empiezan a vislumbrar verdaderos avances hacia la equiparación de derechos de hombres y mujeres, con la consecución de un hito histórico para el movimiento feminista: El derecho al voto de la mujer y la entrada de las primeras mujeres en las Universidades.

Se puede concretar, cómo fue el 28 de Mayo de 1917 cuando se aprobó la Ley de Sufragio femenino en Inglaterra. La mujer obtuvo el derecho al voto pero este derecho fue otorgado únicamente a las mujeres mayores de 30 años. En 1927 se nivela el voto femenino y masculino en la misma edad, pudiendo votar y ser votadas en Inglaterra todas las mujeres mayores de 21 años.

Si hacemos referencia a la consecución del derecho al voto por la mujer en EEUU, no fue hasta 1918, cuando el presidente Wilson apoyó al movimiento sufragista aprobando en la Cámara de Representantes, la conocida Decimonovena Enmienda, pero no sería hasta 1920, cuando el voto femenino sería posible en EEUU.

Hacia el final de la Segunda Guerra Mundial en 1945 es cuando la gran mayoría de los Estados, que no conformaban en aquella etapa histórica una dictadura, reconocieron el derecho al voto a las mujeres. Haciendo memoria, la filósofa Amelia Valcárcel, señala:

Sin embargo, ya podían contabilizarse varios éxitos del movimiento feminista, dos países no europeos, pero ligados a la órbita de Gran Bretaña, fueron los adelantados en reconocer el derecho al voto a las ciudadanas, así Nueva Zelanda lo aprobó en 1893 y Australia en 1902. Mientras tanto, en Europa, entre los países nórdicos, Finlandia aprobó el voto en 1906, Noruega en 1913, Dinamarca e Islandia en 1915, en Francia, el lastre del Código napoleónico y el conservadurismo de una gran parte de la sociedad francesa retrasarían largos años la consecución del derecho al voto, la IV República lo aprobó en 1946. En Holanda y

⁵⁷ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 70.

⁵⁸ Tristán, Flora. (2003). Feminismo y socialismo. Antología. Madrid: Los libros de la Catarata, p. 8.

⁵⁹ Tristán, Flora. (1843). La Unión Obrera. Barcelona: De Barris, p. 131.

⁶⁰ Tristán, Flora. (1843). La Unión Obrera. Barcelona: De Barris, p. 194.

la Unión Soviética, en 1917, Austria, Polonia, Checoslovaquia y Suecia en 1918, Sudáfrica en 1930, Brasil en 1934, Rumanía en 1935 o Filipinas en 1937. Tras la II Guerra Mundial, además de Francia, el voto femenino sería concedido a la inmensa mayoría de países del mundo, coincidiendo con las independencias que sucedieron al fin de los grandes imperios coloniales⁶¹.

La feminista española Clara Campoamor es considerada como la única sufragista del mundo que consiguió el derecho al voto desde la tribuna de un Parlamento, el 1 de Octubre de 1931.

Reflexionando en torno al movimiento sufragista la filósofa española Amelia Valcárcel, refiere:

Tanto el derecho al voto como los derechos educativos marcharon a la par apoyándose mutuamente. (...) El espinoso camino educativo se conectaba directamente con el de los derechos políticos (...) La pertinaz lucha en la opinión y en el cambio de posiciones de las mujeres en la educación y en los empleos llegaba a su fin. Los bienes liberales habían sido conseguidos y, tanto el sufragismo como la misoginia romántica habían cubierto su tramo. Las cosas eran ahora diferentes ¿Pero lo eran?⁶².

La filósofa francesa Simone de Beauvoir, con su obra *El segundo sexo*, puso la base teórica para una nueva etapa del feminismo: La Tercera Ola feminista⁶³.

4. La Tercera Ola feminista (2^a mitad del siglo XX - comienzos del siglo XXI)

“No se nace mujer: llega una a serlo”

SIMONE DE BEAUVOIR

La feminista francesa Simone de Beauvoir y su conocido ensayo *El segundo sexo* escrito en 1949, en palabras de la filósofa española Teresa López en *El feminismo existencialista de Simone de Beauvoir* y el lugar de *El segundo sexo* en la historia del feminismo, “marca un antes y un después en la historia de la teoría feminista (...) no sólo porque vuelve a poner en pie al feminismo después de la II Guerra Mundial, sino porque constituye el ensayo más completo sobre la condición de la mujer”⁶⁴. Lo primero que se le hace evidente a la mujer es que “ella aparece como la otra”⁶⁵. No hay igualdad con el hombre; no hay ni reciprocidad ni reconocimiento, siempre se encuentra en asimetría en relación al hombre

⁶¹ Valcárcel, Amelia. (2001). La memoria colectiva y los retos del feminismo. Santiago de Chile: Naciones Unidas (CEPAL). Serie Mujer y Desarrollo, nº 31, pp. 15-26.

⁶² Ibidem op. cit. pp. 17-20.

⁶³ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., pp. 81-82.

⁶⁴ López, Teresa. (2005). El feminismo existencialista de Simone de Beauvoir. En Celia. Amorós., Ana. De Miguel. (Eds.), Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Madrid: Minerva Ediciones, S.L., p. 338.

⁶⁵ Ibidem op. cit. p. 340.

“y para poder llegar a su plena realización humana es necesario que hombre y mujer se reconozcan mutuamente como personas libres e independientes”⁶⁶.

Como voces feministas destacadas de la Tercera Ola del feminismo, la teórica feminista Betty Friedan es considerada una voz, muy importante, dentro del nuevo feminismo norteamericano que surge a mediados del siglo XX. Feminismo que dio como resultado la creación de la asociación feminista Organización Nacional de Mujeres (NOW). “Ha llegado el momento de enfrentarse, como naciones concretas a las condiciones que ahora impiden a las mujeres disfrutar de la igualdad de oportunidades y de la libertad de elección a las que tienen derecho, como norteamericanas y como seres humanos”⁶⁷, escribió Betty Friedan en la Declaración de Principios de NOW.

La autora feminista Betty Friedan es conocida por dos de sus obras más importantes: *La mística de la feminidad* escrita en 1963 y *La segunda fase* escrita en 1981.

La mística de la feminidad de Betty Friedan, gira en torno a la frase “el malestar que no tiene nombre (...) ¿Es esto todo? (...) No hubo una palabra para aquel anhelo entre los millones de palabras escritas sobre las mujeres, para las mujeres, en las columnas, los libros y los artículos de expertos que les decían a las mujeres que su papel consistía en realizarse como esposas y madres (...) No podían aspirar a un destino más elevado que la gloria de su propia feminidad”⁶⁸.

Los años 70 fueron años de una intensa agitación política en los que bajo el eslogan “lo personal es político”, las feministas fueron identificando “como centros de poder y dominación del hombre sobre la mujer ámbitos o áreas de la vida que hasta entonces eran privados, revolucionando de esta manera la teoría política al analizar las relaciones de poder existentes tanto en la familia y sexualidad. Consideraban así que los hombres reciben beneficios psicológicos, sexuales y económicos del sistema patriarcal”⁶⁹.

De esta manera problemas “tan sumamente enraizados y al mismo silenciados en nuestra sociedad como la violencia de género su pusieron encima de la mesa (...) Si lo personal es político, las leyes no se pueden quedar a la puerta de casa”⁷⁰.

El feminismo que surge en los 70 tuvo dos obras fundamentales: *La política sexual* de Kate Millett, que escribió, en 1969 y, la obra *La dialéctica del sexo* de la autora feminista Shulamith Firestone, editada en 1970.

En ambas obras, *La política sexual* y *La dialéctica del sexo*, se definen conceptos tan importantes para el movimiento feminista como patriarcado y género⁷¹. El patriarcado se define como “un sistema de dominación sexual que es, además, el sistema básico de dominación sobre el que se levantan el resto de las dominaciones, como la de clase o la de raza;

⁶⁶ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 70.

⁶⁷ Friedan, Betty. (2003). Mi vida hasta ahora. Madrid: Cátedra, p. 236.

⁶⁸ Friedan, Betty. (2009). La mística de la feminidad. Madrid: Cátedra, p. 51.

⁶⁹ De Miguel, Ana. (2002). Feminismos. En Celia. Amorós. (Dir.). 10 palabras clave sobre mujer. Pamplona: Editorial Verbo Divino, p. 242.

⁷⁰ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 105.

⁷¹ Idem op. cit. p. 105.

el patriarcado es un sistema de dominación masculina que determina la opresión y la subordinación de las mujeres”⁷². El género expresa “la construcción social de la feminidad”⁷³.

Una vez puesto el germen de lo personal es político, a partir de 1970, el movimiento feminista nunca más volvió a ser lo mismo.

5. Una aproximación a la Cuarta Ola feminista (siglo XXI -)

Al igual que las Olas del feminismo previas han tenido una serie de objetivos que se han ido consiguiendo a través del reconocimiento de derechos básicos para la mujer que, prácticamente anteayer, parecían inalcanzables, como el derecho a la educación, el derecho al voto, los mismos derechos de ambos cónyuges dentro del matrimonio, el divorcio, el derecho al aborto, etc., la Cuarta Ola del feminismo asienta sus bases teóricas en la lucha contra las formas de violencia hacia la mujer, incluida la violencia sexual y la prostitución. La autora Rosa Cobo, refiere así, respecto a los objetivos de la Cuarta Ola feminista: “El cuerpo vindicativo de la cuarta ola feminista es, sin duda, la violencia sexual. La violencia es un problema crónico y global de las mujeres, que la padecen tanto las de los países periféricos como las de los centrales. La violencia sexual es un poderoso mecanismo de control social que impide a las mujeres tanto apropiarse del espacio público como hacer uso de su autonomía y libertad (...) La lucha contra la violencia sexual ha calado tan hondo entre las mujeres de todas las edades y ha tomado tal fuerza que está ampliando el marco de la definición de violencia, incluso de aquellas que han estado más naturalizadas”⁷⁴, como la prostitución.

En torno a la paridad entre el hombre y la mujer, existente en la actualidad, la feminista española Alicia Miyares, refiere:

La paridad existente, en la representación política, no se ha logrado extender a otras esferas sociales: no ha sido en absoluto casual que este 8 de marzo se hubiera visto acompañado de manifiestos específicos de mujeres periodistas, deportistas, científicas, académicas, editoras, juristas, actrices, etc., demandando paridad y la quiebra del techo de cristal (...) Esta cuarta ola del feminismo no se configura solo en torno a la vindicación de los derechos de las mujeres y su efectividad real y no formal, sino que además, y de ahí su novedad, parece hacer tomado conciencia de las sutiles formas de violencia, acoso y explotación que sufren las mujeres y no así los varones⁷⁵.

La feminista española Luisa Posada, analiza y reflexiona, en torno a la existencia de la Cuarta Ola del feminismo:

⁷² De Miguel, Ana. (2005). La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género. Cuadernos de Trabajo Social. Vol. 18, p. 238.

⁷³ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 115.

⁷⁴ Cobo, Rosa. (2019). La cuarta ola feminista y la violencia sexual. Revista Interuniversitaria de cultura Paradigma, pp. 134-138 (p. 138).

⁷⁵ Miyares, Alicia. (11/03/2018). La “Cuarta Ola” del feminismo, su Agenda. Tribuna Feminista. Recuperado de <https://tribunafeminista.elplural.com/2018/03/la-cuarta-ola-del-feminismo-su-agenda/>.

Si hablamos de una 4^a ola feminista, habrá que establecer que hablamos de algo reactivo, ya que toda ola es reactiva, es decir, es algo que supone un avance frente a un repliegue. Hablamos entonces de una 4^a ola como reacción, como impulso hacia delante, frente a la actual contrarreacción patriarcal (...) Tras las grandes conquistas feministas, lo que hoy está sacando al feminismo a las calles y haciéndolo un movimiento de masas yo diría que es –no sólo pero sí centralmente– una auténtica insurrección, una rebelión contra la violencia patriarcal. Una violencia en sentido amplio, que se expresa de muchas maneras: como violación, como acoso, como maltrato, como asesinato, como desigualdad económica y laboral, como pornografía, como prostitución, como trata... Hoy habría que añadir otros fenómenos de este poder sexualmente expresado, como la práctica de los vientres de alquiler. Por tanto, en cuanto al qué de esta cuarta ola, el qué la impulsa, yo diría que fundamentalmente es una rebelión contra lo que creo que se está configurando como el nuevo paradigma del patriarcado: el patriarcado violento (...) En nuestro mundo globalizado la realidad material de las condiciones de vida de muchas mujeres exige todavía pensar desde el feminismo un proyecto de emancipación social, político cultural y personal⁷⁶.

La feminista española Amparo Rubiales, refiere, sobre el inicio de la Cuarta Ola feminista:

La cuarta ola del feminismo, la del final del patriarcado, tiene (...) su momento culminante tras la marcha de las mujeres americanas, el día siguiente a la toma de posesión de Trump (21 de enero 2017), en defensa de la dignidad de las mujeres (...) Las denuncias por acosos sexuales del Metoo se convierten en un tsunami que está sacudiendo los cimientos de la sociedad patriarcal. Todo ello culmina con las masivas manifestaciones del 8 de marzo en todo el mundo (...) Hay que resistir sin retrocesos. Contra las mujeres se ejercen toda clase de violencia y la violencia es la mayor expresión de intolerable desigualdad que sufrimos⁷⁷.

Entre las grandes manifestaciones y encuentros globales de mujeres y hombres feministas que han determinado el comienzo de la Cuarta Ola del feminismo en la horquilla cronológica que abarca desde el 2011 hasta la actualidad, en 2020, se encuentran las siguientes:

El 13 de Febrero de 2011 se celebró una movilización masiva de mujeres italianas que luchaban por su dignidad y contra su consideración como objetos sexuales. Las mujeres denunciaron en Italia “un sistema de poder trasversal y mediático que prima la aparición en televisión y la venta del cuerpo sobre la formación, el pensamiento y el trabajo”⁷⁸. La manifestación tuvo como consigna “si no ahora cuando” (“se non ora quando”).

⁷⁶ Posada, Luisa. (22/10/2018). El sujeto político feminista en la 4^a ola. El Diario. Recuperado de https://www.eldiario.es/tribunaabierta/sujeto-politico-feminista-ola_6_827727257.html.

⁷⁷ Rubiales, Amparo. (3/04/2018). La cuarta ola feminista. Huffington Post. Recuperado de https://www.huffington-post.es/amparo-rubiales/la-cuarta-ola-feminista_a_23401645/.

⁷⁸ Mora, Miguel. (13/02/2011). Un millón de mujeres dicen no a Berlusconi y al machismo. El País. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2011/02/13/actualidad/1297551605_850215.html.

A continuación, el 3 de Junio de 2015, tuvo lugar una manifestación multitudinaria organizada en Argentina, contra la violencia machista, y, el feminicidio. El movimiento tuvo como desencadenante el asesinato de una joven de 14 años por su novio de 16 años en Mayo de 2015. Fue “una de las razones para que organizaciones civiles y políticas se unieran a esta movilización que se realizará en más de 80 pueblos y ciudades argentinas (...) La legislación argentina incluyó en 2012 el crimen de feminicidio dentro de su código penal para castigar los asesinatos de mujeres en casos de violencia de género. En Marzo de 2009 se sancionó la ley 26.485 para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrolleen sus relaciones interpersonales”⁷⁹.

El movimiento tuvo como consiga “ni una menos”. El movimiento no perdió impulso y se repitió, posteriormente, el 3 de Junio de 2016, con la consigna “vivas nos queremos” y, el 3 de Junio de 2017, con la frase “basta de violencia machista y complicidad estatal”⁸⁰.

El 21 de Enero de 2017, se organizó una de las manifestaciones más multitudinarias de EEUU (Women’s March), impulsada por el movimiento feminista y, motivada, por la repulsa y malestar causado por el nombramiento del presidente Donald Trump que es conocido por sus comentarios denigrantes hacia la mujer. La Marcha de las Mujeres de Washington tuvo su réplica en otras ciudades de Estados Unidos, Londres, Paris, Roma, Madrid, Barcelona, etc. El movimiento estuvo arropado por “616 marchas hermanas en todo Estados Unidos y en el resto del mundo”⁸¹.

Posteriormente, el 5 de Octubre de 2017, el periódico The New York Times publicó el conocido como “el caso Weinstein” en el que se acusó al productor de Hollywood, Harvey Weinstein, de acoso y agresión sexual a numerosas mujeres. “El caso Weinstein” supuso para el movimiento poner “el foco en la violencia sexual y que encuentra en el feminismo su columna vertebral (...) Mujeres de todo el mundo compartieron sus propias historias bajo el hashtag MeToo”⁸².

El 8 de Marzo de 2017, se produjo el primer paro internacional de mujeres. A la manifestación se adhirieron mujeres de 57 países, incluidas mujeres saharauis y mujeres de Kurdistán. Se hizo uso del hashtag #8M y de las consignas “ni una menos, nos queremos vivas”, “ni un paso atrás”, “si nosotras paramos todo se para”, “paramos para cambiarlo todo”, “juntas somos más”. Con la consigna “ni una menos, vivas nos queremos”, las mujeres argentinas, llevaron a cabo, la primera huelga global de trabajo productivo y reproductivo⁸³.

⁷⁹ CNN español. (3/06/2015). “Ni una menos” la movilización que pide parar la violencia de género en Argentina. Recuperado de <https://cnnespanol.cnn.com/2015/06/03/ni-una-menos-la-movilizacion-que-pide-parar-la-violencia-de-genero-en-argentina/>.

⁸⁰ Rodríguez, María Eugenia., Lourdes, Lucía., Barba, Ana., y Bravo, Paloma. ¿Una nueva ola feminista? Espacio Público. Recuperado de <http://www.espacio-publico.com/el-despertar-del-nuevo-feminismo>.

⁸¹ El Diario. (21/01/2017). Cientos de mujeres de todo el mundo marchan contra Trump. Recuperado de https://www.eldiario.es/internacional/Cientos-miles-mujeres-marchan-Trump_0_604039983.html.

⁸² Requena, Ana., Borraz, Marta. (4/10/2018). El movimiento #MeToo, corazón de una nueva ola feminista que pone el foco en la violencia sexual. El Diario. Recuperado de https://www.eldiario.es/sociedad/movimiento-MeToo-corazon-feminista-violencia_0_821368506.html.

⁸³ Argumentario de la huelga del 8 de marzo. Hacia la huelga feminista. Recuperado de http://hacialahuelgafeminista.org/wp-content/uploads/2018/02/argumentario_8M.pdf.

En España, el 8 de Marzo de 2018, miles de mujeres se manifestaron “en las calles de ciudades y pueblos españoles tras una jornada pacífica de huelga. Hacía años que no se recordaban manifestaciones tan masivas ni tampoco intergeneracionales”⁸⁴.

En la lucha contra la violencia sexual hacia las mujeres que se produce en el ámbito público en España, la Sentencia nº 38/2018, de 20 de Marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, conocida como la Sentencia de “la Manada”, supuso un punto de inflexión en la tipificación de la regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en el Código Penal español⁸⁵.

Como indicadores de la existencia de una Cuarta Ola feminista habría que destacar:

1) El feminismo tiene un carácter intergeneracional, con una cantidad cada vez mayor de mujeres jóvenes, que “ha sido capaz de colocar en el centro simbólico de la sociedad un significante, la necesidad de justicia para las mujeres”⁸⁶ y se ha hecho global; no hay un lugar del mundo donde no haya feminismo. En palabras de Rosa Cobo, “las movilizaciones que se han desarrollado en este último lustro en diversos países anuncian lo que ya, sin duda, puede ser definido como la cuarta ola feminista (...) Por primera vez en la historia no encontramos un solo país sin presencia de organizaciones feministas o asociaciones que defiendan los derechos de las mujeres. Y este hecho, la globalización del feminismo es, sin duda, una característica de la cuarta ola”⁸⁷. Se han celebrado manifestaciones feministas en lugares donde las mujeres no tienen reconocidos sus derechos como ciudadanas. Países donde la desigualdad, discriminación y violencia que sufren las mujeres, son aún en pleno siglo XXI, permitidas por su regulación legal, sociedad, cultura, religión y familia. Se han organizado manifestaciones feministas en países como Mosul, Bagdad, Turquía, Arabia Saudí e, Irán: “Las injustas leyes de matrimonio, divorcio, herencia, etc., han convertido a las mujeres en ciudadanas de segunda clase. Las mujeres no tienen protección legal contra la violencia doméstica y el acoso en la calle (...) Sigue en vigor el sistema de tutela que reduce a las mujeres a eternas menores y está en la base de esas discriminaciones anacrónicas”⁸⁸.

En Irán, recientemente, ha sido encarcelada la Abogada defensora de los Derechos Humanos de la Mujer, Nasrín Sotudé, por defender a mujeres iraníes que se quitan el hijab en el espacio público. Sotudé, fue juzgada, el 30 de Diciembre de 2018 en rebeldía tras no

⁸⁴ Cobo, Rosa. (2019). La cuarta ola feminista y la violencia sexual. Revista Interuniversitaria de cultura Paradigma, pp. 134-138 (p. 134).

⁸⁵ Sentencia nº 38/2018, de 20 de Marzo, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra, conocida como la Sentencia de “la Manada”. Recuperado de <https://cdn.20m.es/adj/2018/04/26/3934.pdf>.

⁸⁶ Cobo, Rosa. (2019) La cuarta ola feminista y la violencia sexual. Revista Interuniversitaria de cultura Paradigma, pp. 134-138 (p. 134).

⁸⁷ Idem op. cit. pp. 134-138 (p. 134).

⁸⁸ Espinosa, Ángeles. (8/3/2018). Las feministas iraníes convocan una manifestación el 8M a pesar del veto. El País. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2018/03/07/actualidad/1520437481_312006.html.

comparecer ante el tribunal porque le fue negado su derecho a elegir abogado⁸⁹. En la actualidad, Nasrín Sotudé se encuentra encarcelada en la prisión de Evin de Teherán (Irán).

El Código penal de Irán, en concreto, su artículo 638, condena con penas de prisión y multa a las mujeres que aparezcan en los lugares públicos y carreteras sin usar un hijad⁹⁰.

2) Como segundo indicador de la existencia de una Cuarta Ola feminista, se puede destacar el siguiente hecho: En el núcleo del patriarcado, se encuentra el capitalismo neoliberal que justifica la institución de la prostitución y los vientres de alquiler. Analizando los posibles indicadores de la existencia de la Cuarta Ola feminista, Rosa Cobo, señala: “Este movimiento que nos ha desbordado ha sido posible porque la mayoría del movimiento feminista entiende que el capitalismo neoliberal en este momento histórico articula y vehicula algunas demandas patriarcales fundamentales. La capacidad del capitalismo para convertir en un negocio internacional la industria del sexo o los vientres de alquiler explica el interés capitalista en la opresión de las mujeres. La plusvalía sexual es hoy tan imprescindible para el nuevo capitalismo como para los patriarcados contemporáneos”⁹¹.

La lucha contra la violencia sexual en la Cuarta Ola del feminismo, “ha de leerse también en el combate contra la prostitución –que ha crecido exponencialmente de la mano de la globalización y la trata– y los vientres de alquiler”⁹².

El primer instrumento que considera como Violencia de Género: La prostitución y la explotación sexual de la mujer, fue el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, de 11 de Mayo de 2011 también conocido, como el Convenio de Estambul, vinculante para España desde el 10 de Abril de 2014, año en el que España lo ratifica⁹³ y se compromete a luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer que recoge el artículo 3.a) del Convenio de Estambul:

“Por violencia contra la mujer se deberá entender una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y se designarán todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada”.

⁸⁹ Europa Press. (11/03/2019). Condenada en Irán a 38 años de cárcel y casi 150 latigazos la destacada abogada pro Derechos Humanos Nasrín Sotudé. Recuperado de <https://www.europapress.es/internacional/noticia-condenada-iran-38-anos-carcel-casi-150-latigazos-destacada-abogada-pro-ddhh-nasrin-sotude-20190311155758.html>.

⁹⁰ Código Penal Islámico de la República Islámica de Irán. Libro quinto (18 de julio de 2013). Centro de Documentación de Derechos Humanos de Irán (IHRDC).

⁹¹ Cobo, Rosa. (2019). La cuarta ola feminista y la violencia sexual. Revista Interuniversitaria de cultura Paradigma, pp. 134-138 (p. 137).

⁹² La Vanguardia. (11/11/2018). El feminismo se sube a la cuarta ola. Recuperado de <https://www.lavanguardia.com/vida/20181111/452836533674/feminismo-bases-movimiento-espana-cuarta-ola.html>.

⁹³ Aguilar, Encarnación. (2019). Prostitución: impugnación del sindicato de “trabajadoras sexuales”, denominado bajo las siglas Otras. Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, nº 52, Marzo, pp. 221-256.

En España, la Ley 1/2004, de 28 de Diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG), en su artículo 1.1, contempla únicamente la violencia contra la mujer que se produce por su pareja o expareja sentimental; violencia doméstica, una de las formas en que se expresa la Violencia de Género: "La presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia". Sin embargo, en su Preámbulo, hace especial hincapié: "La violencia de género no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad. Se trata de una violencia que se dirige sobre las mujeres por el hecho mismo de serlo, por ser consideradas, por sus agresores, carentes de los derechos mínimos de libertad, respeto y capacidad de decisión".

El Pacto de Estado contra la Violencia de Género aprobado el 28 de Septiembre de 2017 contempla una revisión legal de la Ley 1/2004, de 28 de Diciembre, LOMPIVG, para que abarque todas las formas en que se expresa la violencia contra la mujer; Violencia de Género, contempladas en el artículo 3. a) del Convenio de Estambul de 11 de Mayo de 2011.

6. Conclusiones

La Historia de las mujeres ha sido una larga y constante lucha por la conquista de espacios, visibilidad, derechos y dignidad.

Las tres palabras que definieron la Revolución francesa de 1789, "Libertad, Igualdad y Fraternidad", se dirigieron solo a la mitad de la Humanidad, los Hombres; cuando en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 escribieron hombres, "no querían decir ser humano o persona, se referían exclusivamente a los varones. Ninguno de los derechos fue reconocido para las mujeres"⁹⁴.

El movimiento feminista surge en la Revolución francesa como un movimiento de lucha por los derechos de la mujer y la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres. El feminismo es un movimiento que se basa en la justicia:

El feminismo es una teoría y práctica política articulada por mujeres que tras analizar la realidad en que viven, toman conciencia de las discriminaciones que sufren por la única razón de ser mujeres y deciden organizarse para acabar con ellas, para cambiar la sociedad. (...) El feminismo se articula como filosofía política y, al mismo tiempo, como movimiento social⁹⁵.

⁹⁴ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 28.

⁹⁵ Varela, Nuria. (2018). Feminismo para principiantes. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U., p. 14.

Las primeras reivindicaciones feministas se recogieron en los conocidos como Cuadernos de Queja redactados en 1789.

Los objetivos y reivindicaciones más importantes de la Primera y Segunda Ola del feminismo que mujeres y hombres feministas consiguieron gradualmente, fueron: El derecho al voto, el derecho a la educación, el derecho a acceder a estudios superiores, el derecho a ejercer todas las profesiones, el derecho a compartir la mujer la patria potestad de los hijos, el derecho a ganar el mismo salario que un hombre en la realización de idéntico trabajo.

La Tercera Ola feminista se puede sintetizar en una frase que surge de la mano de la feminista Kate Millett y su obra *La política sexual*: “Lo personal es político”. Millett, dio visibilidad y denunció, la Violencia de Género que sufrían las mujeres en sus hogares: “Problemas tan enraizados y silenciados en la sociedad que aún hoy no se han solucionado como la violencia de género, fueron puestos encima de la mesa (...) Si lo personal es político, las leyes no se pueden quedar a la puerta de la casa”⁹⁶.

La existencia de la Cuarta Ola feminista se justifica principalmente en el hecho de que el movimiento feminista se ha hecho global. Se han organizado y celebrado manifestaciones feministas en lugares especialmente discriminatorios y opresivos para la mujer como Mosul, Bagdad, Turquía, Arabia Saudita e Irán. Los objetivos y reivindicaciones que identifican a la Cuarta Ola feminista son esencialmente: La lucha contra todas las formas de violencia hacia la mujer, incluida la violencia sexual y prostitución y, la consecución de la paridad entre el hombre y la mujer en todos los ámbitos.

Para finalizar, me acojo a las palabras de la feminista Gerda Lerner en su obra *La creación del patriarcado*, cuando destaca: “El sistema del patriarcado es una costumbre histórica; tuvo un comienzo y tendrá un final. Parece que su época ya toca fin”⁹⁷. Para ello han luchado y siguen luchando mujeres y hombres feministas. Sólo así se podrá hablar de igualdad real y efectiva y, de respecto a la dignidad de las mujeres.

Bibliografía

- AGUILAR, ENCARNACIÓN. (2019). Prostitución: impugnación del sindicato de “trabajadoras sexuales”, denominado bajo las siglas Otras. *Revista General del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, 52, Marzo.
- AMORÓS, CELIA. (1995). *Tiempo de feminismo: Sobre feminismo, proyecto ilustrado y postmodernidad*. Madrid, España: Cátedra.
- AMORÓS, CELIA. (Dir.). (1995). *Feminismos, 10 palabras clave sobre mujer*. Navarra, España: Verbo Divino.

⁹⁶ Ibidem op. cit. p. 106.

⁹⁷ Lerner, Gerda. (1986). *La creación del patriarcado*. Barcelona: Editorial Crítica, S.A., p. 330.

- AMORÓS, CELIA., DE MIGUEL, ANA. (Eds.). (2005). *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad*. Madrid, España: Minerva Ediciones, S.L.
- BARRY, KATHELEEN. (1988). *Esclavitud sexual de la mujer*. Barcelona, España: LaSal, D.L.
- BARRY, KATHELEEN. (2005). Teoría del feminismo radical: Política de explotación sexual. En Celia. Amorós., Ana. De miguel. (Eds.) *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad* (pp. 188-210). Madrid, España: Minerva Ediciones, S.L.
- BEAUVOIR, SIMONE DE (1982). *El segundo sexo II. La experiencia vivida*. Buenos aires, Argentina: Ediciones Siglo Veinte.
- COBO, ROSA. (2019). La cuarta ola feminista y la violencia sexual. Revista Interuniversitaria de cultura Paradigma.
- FRIEDAN, BETTY. (2009). *La mística de la feminidad*. Madrid: Cátedra.
- BLANCO, OLIVA. (2000). *Olimpia de Gouges (1748-1793)*. Madrid, España: Ediciones del Orto.
- CABRERA, MARÍA ISABEL. (1988). Las mujeres que lucharon solas: Concepción Arenal y Emilia Pardo Bazán. En Pilar. Folguera. (coord.), *El feminismo en España: Dos siglos de historia*. Madrid, España: Fundación Pablo Iglesias.
- CAMPOAMOR, CLARA. (2001). *Mi pecado mortal. El voto femenino y yo*. Sevilla, España: Instituto Andaluz de la Mujer.
- COBO, ROSA. (1994). El discurso de la igualdad en el pensamiento de Poulain de la Barre. En Celia. Amorós. (coord.), *Historia de la Teoría Feminista*. Madrid, España: Instituto de investigaciones feministas.
- COBO, ROSA. (1994). La construcción social de la mujer en Mary Wollstonecraft. En Celia. Amorós. (coord.), *Historia de la teoría feminista*. Madrid, España: Instituto de Investigaciones Feministas.
- DE MIGUEL, ANA. (2000). Los feminismos. Recuperado de <http://acoca2.blogs.uv.es/files/2013/12/Los-feminismos.pdf>.
- DE MIGUEL, ANA. (2000). Los feminismos. En Celia. Amorós. (Dir.), *10 palabras clave sobre mujer*. Pamplona, España: Editorial Verbo Divino.
- DE MIGUEL, ANA. (2005). La construcción de un marco feminista de interpretación: La violencia de género. *Cuadernos de Trabajo Social*, 18, 231-248.
- DE MIGUEL, ANA. (2005). *John Stuart Mill y Harriett Taylor Mill: Desarticulando la ideología patriarcal*. Recuperado de <http://acoca2.blogs.uv.es/files/2013/11/6-Mill-CTF1.pdf>.
- DE MIGUEL, ANA. (2011). Los feminismos a través de la historia. Recuperado de <https://web.ua.es/es/sedealicante/documentos/programa-de-actividades/2018-2019/los-feminismos-a-traves-de-la-historia.pdf>.
- DE PIZÁN, CRISTINA. (2001). *La ciudad de las Damas*, traducción de Marie-José Lemarchand, Madrid, España: Siruela.
- DE ZAYAS, MARÍA. (1989). Tres novelas amorosas y tres desengaños amorosos. Madrid: Editorial Castalia, S.A.
- DOMINGO, CARMEN. (2004). *Con voz y voto. Las mujeres y la política en España (1931-1945)*. Barcelona, España: Lumen.

- ESPINOSA, ÁNGELES. (8/3/2018). Las feministas iraníes convocan una manifestación el 8M a pesar del voto. *El País*. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2018/03/07/actualidad/1520437481_312006.html.
- FAOAGA, CONCHA. (1999). 1898-1999. *Un siglo avanzando hacia la igualdad de la mujer*. Madrid, España: Dirección General de la Mujer.
- FRIEDAN, BETTY. (1983). *La segunda fase*. Barcelona, España: Plaza y Janés.
- FRIEDAN, BETTY. (2003). *Mi vida hasta ahora*, Madrid, España: Cátedra.
- GIL, JUANA MARÍA. (2006). *John Stuart Mill y la violencia de género: Las trampas de la educación diferencial*. Recuperado de https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2006-10006100084_ANUARIO_DE_FILOSOF%CDA_DEL_DERECHO_John_Stuart_Mill_y_la_violencia_de_g%9nero:_las_trampas_de_la_educaci%F3n_diferencial.
- IRIGARAY, LUCE. (1992). *Yo, tu, nosotras*. Madrid: Cátedra, D.L.
- LARAÑA, ENRIQUE. (1999). *La construcción de los movimientos sociales*. Madrid: Alianza.
- LARAÑA, ENRIQUE., GUSFIELD, JOSEPH. (1994). *Los nuevos movimientos sociales. De la ideología a la identidad*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS).
- LERNER, GERDA. (1986). *La creación del patriarcado*. Barcelona: Editorial Crítica, S. A.
- LÓPEZ, TERESA. (1999). *Simone de Beauvoir (1908-1986)*. Madrid, España: Ediciones del Orto.
- LÓPEZ, TERESA. (2005). El feminismo existencialista de Simone de Beauvoir. En Celia. Amorós., Ana. De Miguel. (Eds.), *Teoría feminista: De la Ilustración a la globalización* (pp. 338-355). Madrid, España: Minerva Ediciones, S.L.
- LEÓN, STELLA. (2010). François Poulain de la Barre: Feminismo y Modernidad. *Astrolabio: Revista Internacional de Filosofía*, 11, 257-270.
- LEÓN, STELLA. (2011). François Poulain de la Barre: Filósofo feminista y cartesiano sui generis. *Éndoxa: Series filosóficas*, 27, 37-57.
- LOPETEGUI, ARANTXA., COLMENERO, JAVI. (15/02/2019). La cuarta ola feminista un "movimiento de masas" se reivindica en Tolosa. *Noticias de Gipuzkoa*. Recuperado de <http://www.noticiasgipuzkoa.eus/2019/02/15/sociedad/la-cuarta-ola-feminista-un-movimiento-de-masas-se-reivindica-en-Tolosa>.
- MORA, MIGUEL. (13/02/2011). Un millón de mujeres dicen no a Berlusconi y al machismo. *El País* Recuperado de https://elpais.com/internacional/2011/02/13/actualidad/1297551605_850215.html.
- MILLETT, KATE. (1995). *La política sexual*. Madrid: Cátedra, S.A.
- MIYARES, ALICIA. (1999). 1848: El manifiesto de Seneca Falls. *Revista Leviatán*, 75, 135-158.
- MIYARES, ALICIA (11/03/2018) La cuarta ola del feminismo, su Agenda. *Tribuna Feminista*. Recuperado de <https://tribunafeminista.elplural.com/2018/03/la-cuarta-ola-del-feminismo-su-agenda/>.
- MURARO, LUISA. (1994). *El orden simbólico de la madre*. Madrid: Editorial Horas y horas.
- NASH, MARY. (2004). *Mujeres en el mundo. Historia, retos y movimientos*. Madrid, España: Alianza.

- ORDÓÑEZ, ANA LUISA. (2006). *Feminismo y prostitución. Fundamentos del debate actualmente en España*. Oviedo, España: Trabe.
- PERONA, ÁNGELES. (2005). El feminismo liberal estadounidense de posguerra. En Celia. Amorós., Ana. De Miguel. (eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad* (pp. 15-34). Madrid: Minerva Ediciones, S.L.
- POSADA, LUISA. (1999). Feminismo, igualdad y discurso contemporáneo (a 150 años de Séneca Falls). En Concha. Fagoaga. (coord.), 1898-1998. *Un siglo avanzando hacia la igualdad de las mujeres* (pp. 294-297). Madrid, España: Dirección General de la Mujer.
- POSADA, LUISA. (2005). La diferencia sexual como diferencia esencial: Sobre Luce Irigaray. En Celia. Amorós., Ana. De Miguel. (Eds.), *Teoría feminista: de la Ilustración a la globalización. Del feminismo liberal a la posmodernidad*. Madrid: Minerva Ediciones, S.L.
- RAMÍREZ, MARÍA DOLORES., GONZÁLEZ, JUAN., CERRATO, DANIELE., y MARTÍN, MILAGRO. (2011). *La querella de las mujeres de España a Latinoamérica. Vol. 2*. Sevilla, España: Arcibel.
- REQUENA, ANA., BORRAZ, MARTA. (4/10/2018). El movimiento #MeToo, corazón de una nueva ola feminista que pone el foco en la violencia sexual. *El Diario*. Recuperado de https://www.eldiario.es/sociedad/movimiento-MeToo-corazon-feminista-violencia_0_821368506.html.
- RODRÍGUEZ, MARÍA EUGENIA., LOURDES, LUCÍA., BARBA, ANA., y BRAVO, PALOMA. ¿Una nueva ola feminista? *Espacio Público*. Recuperado de <http://www.espacio-publico.com/el-despertar-del-nuevo-feminismo>.
- RUBIALES, AMPARO. (3/04/2018). La cuarta ola feminista. *Huffington Post*. Recuperado de https://www.huffingtonpost.es/amparo-rubiales/la-cuarta-ola-feminista_a_23401645/.
- SENDÓN, VICTORIA. (2002). *Marcar las diferencias, Discursos feministas ante un nuevo siglo*. Barcelona, España: Icaria.
- STOLLER, ROBERT. (1968). *Sex and gender*. New York: Science House.
- STUART MILL, JOHN., TAYLOR MILL, HARRIET. (1973). *Ensayos sobre la igualdad sexual*. Barcelona, España: Península.
- STUART MILL, JOHN., TAYLOR MILL, HARRIET. (2001). *Ensayos sobre igualdad sexual*. Madrid, España: Ediciones Cátedra.
- STUART MILL, JOHN. (1965). *Sobre la libertad*. México: Editorial Diana S.A.
- TRISTÁN, FLORA. (2003). *Feminismo y socialismo*. Antología. Madrid, España: Los libros de la Catarata.
- TRISTÁN, FLORA. (2005). *La Unión Obrera*. Barcelona: De Barris.
- THOMPSON, WILLIAM., WHEELER, ANNA. (2000). *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres, contra la pretensión de la otra mitad los hombres de mantenerlas en la esclavitud política y, en consecuencia, civil y doméstica*. Granada, España: Editorial Comares.
- VALCÁRCEL, AMELIA. (2001). *La memoria colectiva y los retos del feminismo*. Recuperado de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5877/S01030209_es.pdf

- VARELA, NURIA. (2018). *Feminismo para principiantes*. Barcelona: Penguin Random House Grupo Editorial, S. A. U.
- VARELA, NURIA. (26/01/2013). Christine de Pizán y “La ciudad de las damas”. Recuperado de <http://nuriavarela.com/christine-de-pizan-y-la-ciudad-de-las-damas/>.
- WOLLSTONECRAF, MARY. (2000). *Vindicación de los derechos de la mujer*. Madrid, España: Cátedra.

Mujer y trabajo al margen

Woman and work at margin

JOSÉ DELGADO RUIZ

Abogado

Doctor en Derecho. Universidad Carlos III de Madrid

ORCID: 0000-0002-2536-4906

Recibido: 23/10/2019

Aceptado: 23/12/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5388>

Resumen. Transitar por los laberintos que esconde la discriminación de la mujer exige una actitud valiente y decidida. Sobre todo porque en ese territorio las posiciones deben estar marcadas, sin medias tintas. Observar desde la indiferencia o la distancia no produce quebranto ni riesgo algunos. Pero el mensaje toma otro sentido y llega con otros sonidos cuando se ha sufrido esa situación en primera persona; entonces las palabras se perciben como dardos que remueven la conciencia. Así sucede en el presente relato cuyo personaje principal es una superviviente que, en el marco de un congreso universitario sobre discriminación por género y trabajo, recibe toda suerte de contenidos, técnicos y elaborados, sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y al someter de forma espontánea toda esa información a los filtros de su crítica y experiencia alcanza unas conclusiones muy personales.

Palabras clave: discriminación, mujer, género, trabajo, decencia.

Abstract. Moving through the labyrinths that hides the discrimination of women requires a courageous and determined attitude. Especially because in that territory the positions must be marked, without half measures. Observing from indifference or distance does not produce a break or risk some. But the message takes on another meaning and comes with other sounds when that situation has been experienced in the first person; then the words are perceived as darts that stir the conscience. This is the case in the present story whose main character is a survivor who, in the framework of a university congress on discrimination by gender and work, receives all kinds of content, technical and elaborated, on equal opportunities between women and men. And spontaneously submitting all that information to the filters of his criticism and experience reaches very personal conclusions.

Keywords: discrimination, women, gender, work, decency.

*josedelruiz@hotmail.com

1. La introducción

Amanecía en una calle cualquiera¹. Y ahí estaba el lugar donde alguien había pasado la noche: unos cartones sucios junto a unas botellas de cristal vacías. También podían percibirse el hedor que desprendía el ambiente y los desperdicios que, indeterminados y de origen desconocido, todo lo invadían.

La persona que observaba hizo un gesto de desaprobación y optó por seguir la marcha hacia un congreso universitario sobre la dignidad en el empleo que estaba anunciado en el mismo edificio. Giró desde la calle lateral en que se encontraba y se dispuso a entrar por la puerta noble del inmueble, un palacete neoclásico cargado de historia y ahora sede de una institución académica de prestigio.

Tuvo alguna dificultad para sortear el acceso porque no estaba acreditada. Pero el entusiasmo que mostró por el tema y sus afinadas dotes de persuasión convencieron al comité organizador para franquearle la entrada. Y ello pese a lo especializado de la materia, el alto nivel de los ponentes y el prestigio de los invitados; pero la escasa asistencia de público hizo posible que las puertas del evento se abrieran a la curiosidad de la forastera.

Desde los preliminares pudo comprobar la importancia que tenían las palabras *género* y *sexo* en el tratamiento de los contenidos anunciados en el programa. Ya el presentador del acto, reputado catedrático, advirtió sobre la influencia de su significado en cuantas intervenciones y debates a partir de entonces se llevarían a cabo. Y que se debía poner mucho esmero en su uso porque las sensibilidades estaban a flor de piel por aquello del lenguaje inclusivo². *Género*, remarcó, según el Diccionario de la Lengua Española, supone participar de caracteres comunes. Y prosiguió diciendo: ...sin duda hay masculino y femenino pero también *neutro*, que entiendo es la situación más reconfortante porque, atendiendo al significado, conduce a un plano de equilibrio entre lo positivo y lo negativo. Así sucede tanto en la electricidad y en el conjunto de la ciencia como en el origen de los neutros latinos, propios del mundo de la gramática y de las letras³.

En suma, concluyó tajante, lo más práctico sería apostar por la tercera acepción, la que vincula el género al sexo no por el factor biológico sino por una adscripción puramente sociocultural⁴. Porque para nuestra Academia –y aquí empezó a subir el tono– el vocablo *sexo* queda ligado a una cuestión orgánica que históricamente ha venido determinando

¹ Como en todo relato, los hechos encuentran apoyo en sucesos reales. Aquí también el argumento y los personajes son, casi en su totalidad, fruto de la imaginación y voluntad del autor conforme al mejor provecho del guión.

² En su reciente ensayo *El género y la lengua* (Turner Minor, 2018), Pedro Álvarez de Miranda, catedrático de Lengua y miembro de la Real Academia Española, examina con tino la polémica sobre el particular debate entre quienes pretenden conseguir una sociedad más justa y los que entienden que no debe forzarse un proceso natural en la evolución del lenguaje, por cuanto los cambios lingüísticos no son fruto de imposiciones sino del acuerdo de la mayoría de la comunidad hablante. A este respecto refiere que el Gobierno español rechazó el informe de la Academia de la Lengua que en mayo de 2004 proponía como formas alternativas a la expresión *violencia de género* las de *violencia doméstica* o *violencia por razón del sexo*, más apropiadas desde el punto de vista lingüístico a juicio de la Ilustre Institución (p.18).

³ Los verbos intransitivos antiguamente se llamaban *neutros* por carecer de complemento directo y estar relacionados con una acción intrínseca (como el correr, el nacer o el morir) sin objeto al que servir como hacen los transitivos cuando se escribe un libro o se dice la verdad (o la mentira).

⁴ El propio Tribunal Constitucional en el fundamento segundo de su sentencia 145/1991, de 1 de julio, define el concepto de discriminación positiva como *un tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa*.

posturas de enfrentamiento entre lo *débil* del femenino, que conduce a la discriminación, y lo *fuerte* del masculino, aunque sin duda esta particular dialéctica haya que tomarla en un contexto de crítica e ironía.

El auditorio entero, entregado de antemano por su reputación y las innumerables publicaciones que enriquecían su brillante carrera, le obsequió con un cerrado aplauso. Pero la cosa no quedó ahí. Todavía, repuesto de la emoción, tuvo fuerzas para rematar expresando que es justo un planteamiento objetivo, limpio y neutro, el causante de las patologías que vienen a contaminar las desviaciones del concepto, siempre impregnadas del elemento desgarrador de la fuerza y la violencia irracional; de ahí que necesariamente deba ser combatido a través del principio de igualdad de oportunidades y de un marco normativo que venga a corregir sus perniciosos efectos y equilibrar derechos y obligaciones⁵. Y un dato más: quede claro desde el principio que la discriminación no es algo que deba relacionarse o condicionarse a la voluntad del infractor porque a menudo se daña al margen de la voluntad de hacerlo. Y así –dice muy convencido– lo vienen sentando nuestros tribunales de forma reiterada. En este punto una sensación de satisfacción interior se apodera del orador y se irradia a los asistentes⁶.

Ahora sí: el acto queda inaugurado. La función puede empezar.

2. El título

Aunque el tema giraba sobre la dignidad del trabajo, el título era más complejo y detallado. Aprovechando la actualidad y los nuevos aires que todo lo invadían a propósito del cambio climático y la globalización, la ONU viene propiciando lo que llama Objetivos para un Desarrollo Sostenible⁷, loable empeño que hereda toda una tradición universal desde su fundación misma. Pero el título es lo de menos si alguna relación guarda con los contenidos a desarrollar⁸.

Se remarca que el 25 de septiembre de 2015 supuso una fecha para recordar, al menos durante los próximos quince años, porque la ONU ha fijado una nueva Agenda

⁵ El influjo del principio de igualdad de género como derecho fundamental en el Ordenamiento Comunitario y en el conjunto del Derecho Social del Trabajo ha sido puesto de relieve por Belén López Insua en la monografía sobre esta materia *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo* (Editorial Laborum, Murcia, 2017), que remata con una reflexión final donde trata la brecha salarial, el autoempleo y otros aspectos que condicionan, restringen o mejoran su aplicación (p. 233).

⁶ En efecto, tal es el criterio uniforme que contiene la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de febrero de 2018 (rec. 1179/2017), cuando expresa que *la vulneración de derechos fundamentales no queda supeditada a la concurrencia de dolo o culpa en la conducta del sujeto activo, esto es, a la indagación de factores psicológicos y subjetivos de arduo control*.

⁷ El Gobierno de España ha creado el Alto Comisionado para la Agenda 2030 con dependencia directa de Presidencia y con funciones de coordinar las acciones que se hayan de realizar en relación con la misma. Tiene publicado un Plan de Acción que abre con una palabras del Secretario General de la ONU donde puede leerse que el objetivo es la transformación de la sociedad, el medio ambiente y la economía por razón de dignidad humana, cambiando nuestra forma de pensar y nuestras conductas hasta integrar las nociones esenciales como planeta, justicia, prosperidad y alianzas.

⁸ *Los retos del futuro como principio del trabajo decente de la mujer*, que bien podría representar una contradicción de conceptos porque un objetivo no puede ser nunca una casilla de salida sino de llegada. Aunque cabe plantear un recorrido constante en una espiral interminable.

Mundial (llamada 2030) para avanzar como humanidad, como un solo sujeto. Por eso no pueden faltar las buenas intenciones que toman rostro de objetivos, imprescindibles para entender que no todo responde a un mero juego de palabras⁹. Sobre ese esquema y sus limitaciones se desarrolla la intervención.

Los propósitos se formulan como si fuesen una meta a la vista y alcanzable a toda costa, como si en esa tarea monumental todos estuviésemos comprometidos, ricos y menesterosos, gobernados y gobernantes, sabios e ignorantes, trabajadores activos y ociosos. El fin de la pobreza y el hambre cero tienen un semblante ingenuo. La salud y la educación se muestran recurrentes. Lo medio-ambiental está descrito en los objetivos relativos al agua, la energía, la innovación y el clima, entre otros. Pero sin duda los que despiertan el mayor interés por el tema que se desarrolla en la sesión son los referidos a la igualdad de género, el trabajo decente y el crecimiento económico, la reducción de las desigualdades y, quizás, el relativo a la paz, la justicia y las instituciones sólidas.

En fin, muchos pilares para anclar un sueño milenario muy difícil de conquista. Sobre todo en un mundo global donde la llamada *posverdad* parece que se ha instalado como una constante *distorsión de la realidad capaz de alterar su percepción mediante la manipulación de percepciones y conductas*, conforme a la definición que el Diccionario hace de ese neologismo. O quizás pueda tratarse solo de una alegoría donde la realidad se asienta en el nombre que la describe y no en su contenido material creando la ilusión del relato¹⁰.

A medida que se suceden las intervenciones asaltan a la cabeza de la neófita una serie de comentarios marginales (siempre válidos y oportunos) que no llega a procesar ni ordenar como le gustaría. Por ejemplo, al tratar sobre los *colectivos vulnerables y género*¹¹, una de las ponentes propone revisar el concepto de vulnerabilidad para a continuación *reconstruirlo*, esto es, deshacerlo analíticamente en su distintos componentes, según más tarde pudo saber tras consultar el diccionario. Y de pronto se ve ya en una sala quirúrgica de operaciones ya en una laboratorio de alta cocina moderna. ¡Ay las palabras –se lamenta–, cuántas trampas encierran y qué extraños laberintos construyen!¹²

⁹ En el breve y refulgente Prólogo al estudio de Luis María Cazorla *El lenguaje jurídico actual* (Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2007) el profesor García de Enterría identifica el mundo jurídico con un *vasto e interminable rumor de palabras* a las que otorga la cualidad de *recomponerse con nuevas palabras* cuando sufren alguna clase de quebranto, siempre con el objetivo de *ordenar la vida social para dirigirla hacia la justicia y la seguridad* (p. 16).

¹⁰ Sobre este particular resultan muy provechosas las enseñanzas del profesor Jorge Urrutia en *La verdad convenida, Literatura y Comunicación* (Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1997), quien ya en la Advertencia preliminar, citando a Mallarmé, refiere que *lo que distingue la palabra rosa de una rosa es la ausencia de cualquier rosa (l'absence de toute rose)*, adentrándonos en el insondable mundo fronterizo de la ficción y la realidad, de las construcciones culturales y la complejidad de los hábitos y convenciones (p.12).

¹¹ El concepto de trabajador especialmente sensible se desarrolla por la profesora Amanda Moreno en la monografía que estudia la prevención de riesgos laborales de este grupo específico (*La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010) dentro del cual ocupan lugar preferente las mujeres trabajadoras, trazando un riguroso análisis de la normativa aplicable a la protección y salud de las mismas tanto en el desarrollo de su trabajo como en consideración al estado propio de maternidad (p. 186).

¹² Para ahondar en el significado de las palabras, y advertir sus ecos, sentidos y latidos, son de obligada cita las reflexiones luminosas de Emilio Lledó en toda su obra, que se condensa en las conversaciones que integran el texto *Dar razón* (KRK Ediciones, 2017). Comentando el valor del lenguaje escrito, el pensador nos alerta sobre el mundo de *superlenguajes* que nos rodea, de *superinformación* donde no se oyen más que fórmulas y palabras trilladas y desprovistas de semilla inmortal que solo sirven para, en palabras de Platón, *cultivar el olvido* (p. 204).

Su asombro se incrementa cuando la proponente considera esta tarea como un *prius*¹³, que nuestra atónita espectadora no llega a entender del todo pues si antes le chocó que una palabra pudiera demolerse para luego volverse a levantar ahora no sale de su asombro cuando además se reclama urgencia para llevar a cabo tal empresa¹⁴.

¡Cuántas generalidades y lugares comunes para referirse a un problema, el de la vulnerabilidad, de la que ella se considera experta! Por ello frunce el ceño cuando oye hablar de las diversas situaciones a que, entendidas como factores de protección, puede conducir la llamada *contributividad* (luego se entera de que esta palabra/cualidad no está registrada todavía por la Academia de la Lengua) y la profesionalidad (ésta sí figura y se entiende como una virtud en el ejercicio de toda actividad hecha con *capacitación y aplicación relevantes*). Esta idea le despierta de súbito una mueca de ironía que trata de disimular cuando se alude a un contexto de realidad líquida y a la problemática que encierran los hogares monoparentales y *monomarentales*¹⁵. Puro estado gaseoso –se dice–, expresión de vanidad que tiene que corregir cuando se da de bruces con una reflexión muy interesante que llega a conmoverle: la presunción de no-vulnerabilidad impide visibilizar necesidades a proteger y sus correspondientes políticas sociales. Frase redonda y verdad absoluta.

La condición de mujer en algunas tradiciones culturales acelera el riesgo de sufrir discriminación por la asunción de responsabilidades familiares que solo puede ser combatida por la educación y el ejemplo en casa¹⁶. Nuestra protagonista se emociona al oír estas palabras; sabe bien de lo que se está hablando. Además¹⁷ –piensa– si con el género se daña al débil aquí también sucede lo mismo: temporalidad y bajos salarios son su rostro; jornadas parciales y déficit de formación en multitud de sectores productivos, su consecuencia. Pero esto es solo el reflejo de una situación habitual que se repite. Y que se consiente. Hay mucho de liturgia en este comportamiento presidido por la resignación y la esperanza en *el más allá*.

En este punto le viene a la memoria un criterio de discriminación que en su experiencia personal no puede pasar desapercibido y que siempre rebrota con especial protagonismo: su vivencia como madre¹⁸ le truncó las expectativas de promoción y ello le hace perder el hilo de la exposición porque se ve transportada a un lugar borroso del pasado, que siente como una herida todavía pendiente de cicatrizar y al que nunca hubiese querido regresar.

¹³ Tal vocablo en latín tiene un doble uso: es adverbio que se traduce como *antes, primero*; pero también es el neutro de *prior/prioris*, sustantivo con igual significado para señalar *lo primero, lo precedente*.

¹⁴ Por su contexto cabe entender que se relaciona el vocablo con un factor de prioridad para distinguir la vulnerabilidad del *no empleo* frente a la precariedad laboral.

¹⁵ ¡Ojo!, *marental* no se opone a *parental*. De hecho la primera palabra no está todavía admitida y sí la segunda, de *parentalis*, relativo a los padres; en el diccionario latino figura referido no solo a los padres sino también a los parientes en general.

¹⁶ Debemos estar al concepto amplio que la propia Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, establece para definir los precisos contornos de la discriminación directa. En su artículo 6.1 reproduce casi en su integridad los términos del artículo 2 de la Directiva 54/2006, de 5 de julio, para identificarla con *la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada en atención a su sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*.

¹⁷ Otros factores que potencian la vulnerabilidad son los de naturaleza jurídico-laboral que se añaden de forma espontánea y que son consecuencia de aquéllos.

¹⁸ El estado de salud y el hecho biológico de la maternidad son potenciadores del riesgo a sufrir perjuicio y daño. A ello se añade un tratamiento protector muy distinto en función de la clase de contingencia y trayectoria de cotización.

Cuando el discurso avanza de forma mecánica y desemboca en los terrenos de la vulnerabilidad del trabajo autónomo¹⁹, no cabe sino asumir tan evidente conclusión por vía de sentido común y entregada naturalidad. O cuando se descubre al auditorio, como si de una verdad revelada se tratara, que hay riesgos que no dependen de la voluntad personal sino de factores ajenos y externos, solo se le ocurre rumiar para sus adentros un irreverente ¿Y?, al que añade burlona:

– ¡Ah, o sea, que estamos describiendo una realidad cambiante que requiere la elaboración constante de reflexión y estudio! Pues sumémonos al carrusel!²⁰

Y como herramienta final para superar la pobreza se habla de la Agenda 2030 como si de una pócima milagrosa se tratara. Ya solo el título nos abre el apetito bienhechor y concilia con los mejores sentimientos: *transformar nuestro mundo*. En fin una nueva declaración de derechos humanos para, quizá, ser incumplida del mismo modo que con otros viejos modelos ha sucedido a lo largo de la historia²¹.

3. Desarrollo de la sesión

El núcleo de las intervenciones se centra en la igualdad de género: la discriminación y la violencia sobre la mujer²² son sus peores lacras. Es un derecho humano sobre el que se asientan la paz y el progreso. Se ha avanzado considerablemente pero falta mucho más. Sin duda hay agresiones específicas contra la mujer lo que impone un criterio de especialidad, de discriminación positiva, aunque solo sea para *concienciar*. Eso como herramienta de choque debe admitirse, aunque la solución debe venir de un planteamiento *neutro*: ¡ésta es la palabra! Neutralizar la tensión entre órganos (sexo) y grupos (género) para promocionar, incluso exaltar, la integración de todos. Es curioso advertir el distinto trato que la Academia da a los términos sexo débil y fuerte: al primero le da sentido despectivo; y al opuesto, otro de carácter irónico. Es decir, la debilidad juega como *defensa* en el primer caso; y como *deformación* en el segundo: dos polos que deben relativizarse y con tendencia a rebajar el tono.

¹⁹ La profesora María Teresa Alameda realiza un estudio muy completo sobre esta materia (*Trabajo autónomo decente de la mujer*, en Blázquez Agudo, E.M (Dir.), *Los ODS como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*, Editorial Dykinson, Madrid 2018) a propósito del debate mundial que sobre la materia se viene desarrollando con aportación de reflexiones muy elaboradas que pasan por la superación de las manifestaciones de trabajo no decente (mediante el papel clave que en la defensa de los intereses profesionales corresponde a sus instancias representativas y sindicatos) y el fomento de asociaciones y cooperativas que vengan a propiciar el valor de la solidaridad, *clave* –dice la autora– *en la conquista de espacios y derechos* (p. 129).

²⁰ Por supuesto todo admite manifestaciones y grados diversos; y un remedio infalible frente a esto lo constituye el trabajo decente. Pero hay un miedo endémico a la salida del mercado de trabajo por no aceptar la precarización de las medidas. Otra solución puede ser el avance en una nueva óptica que tenga como centro a la mujer en el análisis y en las políticas públicas (el *ginecentrismo* del que cierta doctrina habla, es mero neologismo compuesto con significado fácil de comprender pero no admitido todavía en el Diccionario de la Lengua Española).

²¹ Se abre un marco de reflexión distinto con la expectativa puesta en el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2020, contenido en la resolución de 27 de julio pasado.

²² Sobre la dimensión laboral de la violencia de género resulta imprescindible la consulta del Comentario que con ese mismo título hace la profesora María Fernanda Fernández López a la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, reivindicando ya desde su Introducción la respuesta multidisciplinar que debe darse a tan odioso fenómeno (Editorial Bomarzo, Albacete 2005, p. 10).

Con este arranque, la intrusa comienza a sentirse reconfortada en su elección de pasar el día en ese territorio *comanche* que le gusta, rodeada de personas cultas que tanto tienen que aportarle. Y no solo eso; también le han dicho que su papel es importante para la consecución de los objetivos, combatir la pobreza y lograr un trabajo decente para todos. Sobre este ideal, acariciado desde la noción abstracta que representa el *desarrollo económico*, hay estadísticas de muy diverso contenido y autorías que nos proponen una concienzuda reflexión sobre las desigualdades y la erradicación de la miseria. Y de aquí es fácil volver a los conceptos inagotables de *trabajo decente* y calidad del empleo, que en la agenda institucional se conciben como un gran desafío. Todo en un contexto de frases hechas y nociones escurridizas como la productividad laboral y las tasas de desempleo²³.

Una cara de circunstancia y rechazo se le pone cuando de forma solemne se anuncia que debemos evitar las conjeturas de futuro o las fantasías alarmistas que distorsionan toda expectativa razonable de favorecer (y alcanzar) el objetivo del trabajo decente²⁴. Pero sobre todo no puede contener un gesto de ironía cuando refiriéndose a la *necesaria reducción de las desigualdades* advierte que la disertación sobre tan prometedor aspecto destila generalidades, empezando por el término *reducción que* se le antoja difuso y hasta complaciente²⁵.

Y piensa que guarda perfecta coherencia con lo escuchado hasta ahora, pues también aquí las metas se muestran imprecisas y a futuro²⁶: crecimiento de ingresos, inclusión social, igualdad de oportunidades, aumento de cuotas y participación de los países en desarrollo en los organismos internacionales de naturaleza económica y financiera. Pese a todo –imagina optimista– esta música suena dulce y agradable. Por eso cuando irrumpen otras referencias a la paz o la justicia y se habla de instituciones sólidas confirma con asentimiento primario y deleite que es difícil no estar de acuerdo con la belleza que desprenden las palabras de un texto lleno de buenas intenciones. Sobre todo si se habla de valores universales como los dos primeros. Pero al mismo tiempo le cuesta dejar de reaccionar con indignación cuando un escalofrío (de intensidad media) le recorre el cuerpo pensando que en ese marco idílico debemos enfrentarnos a fenómenos incompre-

²³ Un aspecto básico para el desarrollo económico es sin duda el medio ambiente como factor de apoyo al trabajo decente. Un dato sobrecogedor lo representa el alto índice de trabajadores con un *empleo no regulado*. También la llamada *brecha salarial* es tan real como descriptiva con tintes más estadísticos y sociológicos que jurídico-formales, sobre todo porque es una tendencia que necesariamente se debe ir corrigiendo resultando muy compleja y diversa según ámbitos. Las posturas combatientes, beligerantes y enfrentadas (*frentista* no está reconocido en el Diccionario de la Lengua Española) en materia de promoción, *techos de cristal*, cuidados de personas y trabajo doméstico solo son justificables, a mi entender, desde un aspecto dinamizador del debate pero sin trincheras ni ropajes de apariencia que impidan o dificulten el diálogo.

²⁴ Incluso los cálculos fundados en criterios científicos que auguran tal diagnóstico o resultado, ...y que casi nunca se cumple sobre todo si combina cuantías elásticas y largos períodos de tiempo; como por ejemplo el que augura que hasta el año 2030 se necesitarán casi quinientos millones de puestos de trabajo en todo el mundo para quienes van a acceder por primera vez al mercado laboral.

²⁵ Sin duda es una visión amplia y comparativa entre países que hace referencia a datos globales, políticas universales, ingresos *per capita*, aranceles, exportaciones y trabajo migrante. Sus metas parten de datos que reflejan un panorama sombrío para las comunidades en desarrollo con pobreza, mortalidad infantil y materna, desprotección social y gasto farmacéutico.

²⁶ En la Conferencia Nacional Tripartita sobre la iniciativa *El futuro del trabajo que queremos*, celebrada en Madrid el 28 de marzo de 2017, el propio Director General de la Organización Internacional del Trabajo manifiesta que, tras casi cien años de historia que ahora se cumplen, resulta inevitable impulsar la reflexión sobre el futuro del trabajo que arroje conclusiones y resultados sólidos (Vol. I, p. 28).

sibles que ofenden la condición humana. Y cuando se dice que entre las instituciones más corruptas están la judicatura y la policía, que los índices de evasión fiscal son alarmantes, que un porcentaje muy elevado de niños ni está registrado ni acude a la escuela por razón de conflicto bélico y que la tercera parte de los presos no tiene sentencia que les condene, queda impresionada por dardos (la ponente lo llama *anomalías*) que necesariamente conmueven su delicado estado emocional²⁷.

Ya repuesta, espera el comienzo de la siguiente ponencia.

4. Igualdad e inserción

Observa curiosa cómo sigue el desarrollo de la sesión: esto debe ser una cuestión de orden, se dice ingenua, porque primero se parte de los datos estadísticos para fijar la base material de cada uno de los derechos que a continuación se tratan. Claro, por eso uno de los conferenciantes dice que éstos son solo las herramientas que nos llevarán al conocimiento. Y nos recuerda que cada cierto tiempo estos propósitos universales se vuelven a repetir porque algo falla. Se acuerda de un plan anterior de la ONU llamado *Objetivos del Milenio* que fracasaron precisamente porque no se tuvieron en cuenta los gráficos, estudios comparativos, diagramas y demás instrumentos que nos proporcionan seguridad en los diagnósticos. Y aventura que ahora somos más fuertes. Y que por eso los referidos objetivos serán en lo sucesivo más fáciles de conseguir. Pero siempre –advierte convencido– hay que contar con determinadas variables que pueden arruinar todos los cálculos. Evidentemente un rumor invade la sala procedente de un auditorio entregado al conocimiento y *curriculum* del profesor que se ve en un aprieto cuando espontáneamente uno de los asistentes, entre bromas y veras, le pregunta si debemos fiarnos o no de los cuadros que durante la media hora precedente se ha esmerado en defender.

De los cuadros y diagramas se pasa a los contenidos: la inserción es palabra clave. Y la curiosidad de la intrusa le lleva de nuevo a preguntarse ingenua de qué clase de proceso inclusivo se trata. Entonces observa con asombro cómo la ponente en esta materia llega a mostrar verdadero enfado cuando se entera de que los plazos y el grado de compromiso han sido incumplidos por el Reino de España. Lo que vuelve a suceder cuando censura el trabajo forzoso en la infancia que califica como expresión de auténtica esclavitud²⁸. No puede reprimir una mueca de satisfacción y empatía cuando se denuncian estas prácticas y se condena sin paliativos la conducta permisiva, incluso hipócrita, de los Estados infractores²⁹.

²⁷ Consecuentemente las metas se imponen por sí mismas: seguimos en un discurso estéticamente impoluto que sin duda toda persona honesta suscribiría. Pero que encuentra muchos opositores e inconvenientes sobre los que uno destaca: el miedo a llevarlo a efecto, los intereses silentes y el egoísmo mal entendido como supervivencia.

²⁸ El delito contra la libertad y los derechos de los trabajadores es un tipo penal de escasa, por no decir nula, aplicación práctica porque se entiende de forma restrictiva; basta un repaso a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para confirmarlo. Sin duda hay esclavitud y trabajo forzoso y la última *ratio* es el Derecho Penal.

²⁹ Hay que hacer diagnósticos, se concluye, porque la comentada Agenda no solo contiene principios y declaraciones generales sino sobre todo herramientas. Y prueba de ello es el plan de implementación que en España ha venido a dotar a la Inspección de Trabajo de un calendario de estrategias para combatir el fraude en la contratación durante el pasado año de 2018 y lograr el objetivo contenido en la Meta 8.7 relativa al trabajo decente.

La igualdad en el acceso a los recursos económicos permite una consideración genérica al llamado *techo de cristal*. O mejor, un alegato en contra a la distinta promoción profesional (y trato salarial) entre mujeres y hombres. En este punto la oyente accidental se estremece: ella sabe mucho de techos y de sus carencias también; y de la sustancia vítreas y delicadas que los determina y hace transparentes solo puede aportar su propia experiencia que dejamos para más tarde. En efecto al mercado de trabajo se han incorporado muchas mujeres, pero....; Siempre hay un pero!, reflexiona resignada.

Y la ponente lo certifica: en efecto, sobre el papel rige la igualdad pero ¿y la letra pequeña? Esa que nos aparta a las mujeres –piensa ella– a las sobras de una libertad de mercado que elige al fuerte, al competitivo, a aquellos que no sufren quebranto en su salud por causa de la maternidad y de otros procesos que solo a la mujer afectan³⁰. Ésa es la clave: cegar la visión machista que hace de los hombres superiores en la competencia y adquisición de un puesto de trabajo³¹. Sobre todo cuando por sentido común las tensiones serían fácilmente superables sin necesidad de acudir a universales principios de Derecho y enciclopédicos tratados de Ética y Biología³². Y este anhelo nos conduce a la reparación del daño que difícilmente puede lograrse en plenitud porque su huella nunca desaparece³³.

5. La mujer en el centro del debate

Hasta el momento la novicia ha entendido lo fundamental; algunas palabras se le hacen extrañas pero en conjunto el mensaje le llega y despierta su sentido crítico. Y recuerda una idea que tiene grabada desde hace tiempo sin que termine de situarla en el tiempo ni poner cara a su autor: *loable propósito el de trenzar historias para domesticar la rigidez del texto jurídico y hacerlo universal y entendible. Porque al final todo es un laberíntico y reparador juego de palabras*.

Sumida en el aroma de tal reflexión, un segundo paquete temático homogéneo se abre ahora a los derechos de la mujer y su interés se ve reforzado porque está aquí para reivindicarse como oyente y trabajadora *a futuro*; y sobre todo como mujer, que lo es desde la cuna y por convicción. Por ello se le encoge el corazón cuando la nueva ponente empieza a tratar el tema de *las modificaciones laborales de tiempo y lugar y su ajuste debido a*

³⁰ En el ámbito de la seguridad y salud laborales desde una perspectiva de género, destaca el estudio que la profesora Patricia Nieto realiza sobre la escasa respuesta que la negociación colectiva viene dando a la prevención de riesgos laborales en sectores con una importante segregación ocupacional y mayor impacto en las mujeres (*Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral*, en Blázquez Agudo, E.M., *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Instituto de Estudios de Género. Uc3m, 2017, p. 75).

³¹ Todos los estudios coinciden en sostener que en igualdad de condiciones se contrata más al hombre que a la mujer sin que en este punto quepan las generalidades y los lugares comunes. En suma, hay que acabar con los prejuicios sexistas y casuística no falta a favor de este propósito.

³² Afortunadamente los tribunales de justicia, cada vez más, aplican con mayor convencimiento estos criterios de lógica que conforman y complementan el ordenamiento jurídico.

³³ Las medidas de tutela antidiscriminatoria pasan a menudo por la restitución de los derechos vulnerados, que básicamente consiste en volver a la situación original pero presentando, como una de sus mayores disfunciones, la escasa sanción que comporta.

las responsabilidades familiares de las trabajadoras ¡Ay si yo te contara!, se le escapa para sus adentros en expresión entre castiza y vanidosa.

Y mientras coincide en que, en efecto, flexibilizar el tiempo y el lugar de trabajo es un gran objetivo, sueña con el importante papel que juega la corresponsabilidad de los cuidados para acceder y mantenerse en el mercado laboral facilitando la conciliación de trabajo y familia³⁴.

Y de nuevo las estadísticas y sus comparativas, donde destacan las que ilustran y enseñan. Pero también las que alarman y terminan por tensar aun más la cuerda de las diferencias entre los roles de género, las remuneraciones distintas y los espacios públicos y privados. En este punto, admite, los resultados que se muestran en las diapositivas son los que mandan y piensa de buena fe en la imparcialidad de las fuentes.

¿Por qué los cuidados están feminizados?, se pregunta la oradora con pasmoso candor tratando de ganar la complicidad de sus oyentes. Y de nuevo una respuesta infalible y retórica: por una cuestión cultural, aunque –exhorta seguidamente– debemos tender hacia el equilibrio. Y este principio es la fuerza matriz que nos impulsa para abordar tanto la inserción como el problema de las personas dependientes³⁵. Sin duda la clave está en implicar al hombre en las tareas de cuidado. *Porque es cierto que el empresario ve a la mujer fértil como un enemigo en potencia*. Crueles (y dolorosas) palabras que suscitan la complicidad y aclamación del auditorio, a las que se suma nuestra protagonista. Porque tras pronunciar con rotundidad esa idea añade que *vivimos toda una sinrazón que actualmente soportamos y que* –esto es lo más duro– *seguimos aguantando y consintiendo hasta cierto punto*. Y sentencia: *todo refulge sobre el papel pero cosa muy distinta es la práctica: ahí están los números sobre las excedencias por cuidado de hijos*. Muchas menos de las que el sentido común y la realidad de las familias hace pensar³⁶.

Que hay brechas de género, está claro. Pero buscar sus causas es responsabilidad de todos porque a menudo –se concluye– son atribuibles a comportamientos que no siempre la ley puede combatir por decreto sino que es preciso alimentar mediante marcadas actitudes desde la infancia. Consideración que nuestra espontánea remata con un pensamiento de su cosecha propia: es tarea de precalentar para luego disponer un buen horneado. Por ello las soluciones a este problema no admiten mensajes negativos ni generalidades³⁷.

³⁴ Equilibrar es tarea difícil; pero en su etimología, en su llamada a la igualdad, está la clave de su cumplimiento. Así, el llamado *trabajo informal* ha sido propio de las mujeres y ello entraña mayor carga y desprotección social. En este punto las estadísticas no mienten y no faltan fuentes de las que beber aunque se acuda a lugares comunes. De ahí que la apuesta sea por la educación con voluntad de implementar nuevas medidas porque el modelo tradicional se muestra insostenible. Del obrero clásico, del proletario, hemos pasado a las personas enfermas y a los mayores, en definitiva a los débiles y vulnerables. Esta es la materia que a nosotros y al Derecho Social interesa.

³⁵ La ley incorpora una aspiración, la de conciliar pero es éste un propósito sin equilibrio: es vestir un santo para desnudar a otro. Y para ejemplo los turnos deslizantes en los Centros de Atención Primaria dependientes de las distintas Áreas Sanitarias, que saturan de profesionales el de mañana dejando el de tarde, paradójicamente, desprovisto de especialistas en pediatría.

³⁶ En el estudio que la profesora Gema Quintero hace sobre *la protección a la familia desde una perspectiva de género* (en Blázquez, E. M., *Prestaciones de Seguridad Social y género*. OISS, 2017) se pregunta, trazando un recorrido por la historia de la Seguridad Social española, si es posible llevarla a efecto desde una postura de neutralidad para terminar formulando unas valiosas aportaciones finales entre las que destaca la propuesta de su impulso a través de la responsabilidad corporativa de las empresas (p. 49).

³⁷ Aunque pueda admitirse la idea de que el hombre asciende y progresiona de forma natural en su carrera profesio-

Y tampoco procede tomar como referencia exclusiva ese paraíso de la economía y el empleo llamado *mercado laboral*, porque al margen de éste, hay otros ámbitos y espacios llenos de encanto con senderos por explorar³⁸.

Y todo porque a mi juicio no se tiene *cultura*, dice ella; es decir, no se *cultivan* buenos hábitos que obliguen a implicarse en casa desde el origen. Sí, sí... ¡desde los cuidados básicos hasta la implicación diaria! Con estas prácticas, no habría que imponer corresponsabilidad alguna porque su flujo sería natural y nutritivo. *Palabras, sí... pero con etimología, sonido y sentido*, remata ufana y satisfecha de su oratoria.

En este carrusel de propuestas y críticas se llega a tratar de los mecanismos de flexibilidad temporal. De las articulaciones y sus componentes. Y como todo cobra un tono abstracto y general se termina hablando de los *derechos de ausencia*. Hay fórmulas de trabajo flexible –se defiende– como son el trabajo a distancia, el realizado a tiempo parcial y el llamado *trabajo compartido*. También el contrato de grupo, un trabajo pendiente, y el del auxiliar asociado (esto lo añade una voz socarrona que atraviesa la mente de nuestra espontánea)³⁹. En definitiva, la tarea de conciliar vida laboral y familiar se muestra compleja porque, a la vista de lo que va exponiendo, es como si realmente ambos planos se mezclaran como amalgama que guardara la sorpresa de saber si realmente terminarán por coincidir o excluirse. Todo muy elemental en el cielo de las ideas pero muy difícil de aplicar en el fango de la realidad, masculla con cierta malicia en sus adentros⁴⁰.

¡No a la concepción androcéntrica del Derecho y sí a la corresponsabilidad superando los lastres machistas! Cuando escucha este enunciado su ánimo se eleva y piensa, sagaz, que la ponente se lo ha quitado de los labios⁴¹. Es éste un tema descarnado donde confluyen sentimiento y pensamiento: otro difícil equilibrio cuya procedencia, en un empuje de brillantez desbordada, se atreve a situar en los vocablos latinos *equalis* (igual) y

nal, es indudable que la mujer, además y por el contrario, a menudo ve truncada la suya por razón de maternidad. Las medidas de conciliación pasan por flexibilizar la jornada y el lugar de trabajo, comprometiendo al hombre en las responsabilidades de familia y cuidados. Así se contiene en las últimas Directivas y dictámenes de la UE como la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, COM/2017/0253 final-2017/085 (COD).

³⁸ Nuestro Derecho Interno se inaugura con la ley 39/1999, de 5 de noviembre, que supone un notable avance pero se muestra incapaz de dar un giro en el plano de la corresponsabilidad y el equilibrio de los roles en la familia. Es la Ley Orgánica 3/2007 la que aporta sobre el papel un paso más, en particular sobre el uso conceptual y asexuado de progenitor. El futuro y los tímidos avances: el permiso parental retribuido hasta los doce años y su naturaleza intransferible durante los cuatro primeros meses.

³⁹ En este punto se cita inevitablemente el artículo 34.8 ET pero antes el 10 del mismo texto legal regula el trabajo en común y el contrato de grupo que lamentablemente pasan por ser figuras decorativas, en el conjunto de nuestro ordenamiento jurídico, y perfecto paradigma de una norma engañosa con finalidad claramente publicitaria. Así lo entiende Juan Gorelli en su *Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo* (Iustel. RGSS, vol. 48, 2018, p. 28). De igual modo el artículo 37.5 ET no sacia la necesidad de conciliar porque no cumple el sentido finalista de la reducción de jornada, a juicio de Marisol Herraiz en *La gestión del tiempo de trabajo en el siglo XXI* (p. 84).

⁴⁰ El derecho de *desconexión tecnológica* en Francia, introducido por Ley 2016-1068, de 8 de agosto de agosto de 2016, constituye ejemplo y muestra de respeto al tiempo de descanso.

⁴¹ El vigente Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE de 18 de julio de 2018) y el Plan de Igualdad de la Universidad de Cádiz sobre equiparación de derechos en los permisos de paternidad, maternidad y lactancia (Boletín Oficial de la Universidad de Cádiz, Año IX, Suplemento 1 al número 122, de julio de 2011), resulta modélico para ilustrar esta idea e incorpora como Anexo un ilustrativo glosario de términos relacionados con la igualdad entre mujeres y hombres.

equitas (igualdad), pasando este último al Diccionario como *ecuanimidad y buen juicio* o como *compensación y armonía entre objetos diversos que actúan de contrapeso*. Sin duda, se dice envanecida, es mi acepción preferida (la segunda) porque se refiere al *cuerpo que con poco sustento no termina de caerse* venciendo la ley de la gravedad. Toda una metáfora en el asunto que hoy nos reúne, concluye satisfecha de su aportación para sí misma.

La salud laboral es tema delicado. Una voz poderosa irrumpie en la sala para anunciar que trabajo y bienestar se requieren; y se aportan datos y más datos que alumbran conclusiones corroboradas por rutilantes estudios hechos al amparo de otros anteriores. Y mucha estadística, fría y mecánica estadística. Quieren demostrar a un auditorio entregado que ambos conceptos, aunque complementarios, a menudo entran en colisión. Y nuestra atenta advenediza no deja de pensar en la frase hecha, muy recurrente en estos casos, según la cual *el trabajo mata; o por lo menos enferma*, piensa suavizando la expresión. Claro que también repercute directamente en colectivos especialmente sensibles, lo que ha determinado que la evolución legislativa sobre protección a la mujer haya considerado la necesidad de requerir una evaluación de riesgos específica en los casos de embarazo y maternidad⁴².

Un clamor general de asentimiento se propaga por la sala cuando, tajante y decidida, la joven ponente (quizá ya madre o en fase preparatoria, piensa entrometida la intrusa) viene a decir sin disimulo que en este punto la norma no se cumple, circunstancia que corrobora el mismísimo Tribunal Supremo en sentencias muy recientes. Y ello es porque a menudo el texto legal no es claro o porque no se atreve a regular situaciones fronterizas entre el trabajo autónomo y el prestado por cuenta ajena⁴³, forzando que los tribunales se pronuncien de forma contradictoria y sesgada. Un remedio que se propone consiste en llevar estos temas a los planes de igualdad en las empresas para despejar todas las dudas y contribuir a la efectiva protección de la maternidad: un murmullo de aprobación se percibe en el ambiente como si se tratase de una bocanada de aire fresco. La espectadora en tránsito suspira emocionada a pleno pulmón.

Es justo el momento de un cambio de rumbo: las discriminaciones por edad y discapacidad en el marco de la Seguridad Social también tejen un tupido entramado de situaciones que llama la atención de la oyente accidental. Elaborado por supuesto *desde la perspectiva de género*, obliga a sentar como base de la disertación la existencia de discriminaciones múltiples. El discurso se hace coherente porque es fácil identificarse no solo con el presupuesto sino con sus distintos objetivos que, claro está, actúan interrelaciona-

⁴² Y ello conforme al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y a la jurisprudencia europea del Tribunal de Justicia, de la que es muestra la sentencia recaída en fecha de 19 de septiembre de 2018, que aclara las cuestiones planteadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia acerca de la aplicación de las Directivas 92/85, sobre seguridad y salud de las trabajadoras embarazadas, y 2006/54, relativa a la igualdad de trato y discriminación por razón de sexo.

⁴³ El trabajo autónomo irregular representa manifestación de economía sumergida que cabe combatir mediante una serie de propuestas de reforma legislativa que la profesora Cristina Aragón formula con el propósito de eliminar los desincentivos que impiden su adecuada inclusión en el RETA y que analiza desde una doble perspectiva: una, la referida de la financiación del sistema, y otra que vincula a la acción protectora en los supuestos de pluriactividad (*Propuestas de reforma legislativa, en materia de Seguridad Social para hacer emergir el trabajo autónomo irregular*, Documentación Laboral, número 107, 2016. p. 107).

dos: género sí pero también edad y discapacidad, entre otros factores. Hasta llegar a sus implicaciones en el mercado laboral y, cómo no, proyectar sus consecuencias al propio sistema de la Seguridad Social⁴⁴.

Cuando se dice con todo convencimiento que la vejez ha evolucionado a jubilación, por fuerza se impone una reflexión sobre el llamado *lenguaje inclusivo*; asumir sus debilidades implica no llegar al esperpento: poeta y poetisa valen igual. Y una persona mayor que antes estaba estigmatizada como *viejo* ahora es un *jubilado* que posiblemente tenga una agenda repleta de proyectos y compromisos. Tan clarividente reflexión conduce a preguntarse para sus adentros, con sordina y entre dientes –*sentando cátedra*, se dice divertida– por qué entonces no aplicar sin complejos el vocablo *trabajadores* al conjunto de personas asalariadas del mismo modo que en *todos* caben sobreentendidos sin excepción los *componentes* de un grupo o en *todas* conviven pacíficamente cuantas *personas* lo integran⁴⁵.

Las equiparaciones son a menudo estériles por restringidas y accidentales. Esta deducción pudiera ser cosa de estadísticas pero un paseo por la historia más reciente lleva a la evidencia: hay más pensionistas hombres que mujeres y en la carrera de cotización de éstas hay lagunas que tienen fundamento no solo en el hecho biológico de la maternidad sino también en lo que con acierto semántico y descriptivo los estudios de género llaman *suelo pegajoso*⁴⁶. Por supuesto que hay brechas, como demuestra un dato fuera de toda duda: que las pensiones menores se perciben por la mujer y en mayor número deben complementarse hasta alcanzar la cuantía mínima.

Ante este panorama poco se puede objetar. La evidencia se impone: las mujeres vienen soportando mayor carga familiar y su envejecimiento activo implica la continuación de su vida laboral más allá de la edad legal de jubilación⁴⁷. Aquí es difícil sujetar el aplauso cuando se hace una apostilla a favor de las ficciones en Derecho pues tienen mucho que decir como factor de corrección de las discriminaciones y como expresión de justicia y equidad. Aunque se materialicen con formulaciones aritméticas de muy dudoso gusto, en un contexto donde predomina la oportunidad y la técnica más que la voluntad de conceder abiertamente pensiones dignas⁴⁸.

⁴⁴ En este apartado deben destacarse las reflexiones de Eva María Blázquez en la obra que dirige, *Los ODs como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino* (Editorial Dykinson, Madrid 2018), cuando trata los referidos elementos en el contexto de la Seguridad Social y estudia los efectos de su interconexión agravados por la brecha salarial, la discriminación múltiple y su repercusión en la protección social subsiguiente (p. 71).

⁴⁵ En nuestra Lengua se percibe con nitidez la falta de identificación entre género y sexo; por eso se acude al grupo de los llamados nombres *epígeno* que tienen un solo género gramatical y sirven para referirse tanto a seres de sexo masculino como femenino. Son ejemplos los vocablos *persona, criatura, víctima, figura o eminencia*. Aquí –dice el profesor Álvarez de Miranda– *el femenino gramatical asume la representación tanto del masculino como del femenino sexuales, de los hombres y de las mujeres*. Sostiene con cierto atrevimiento el académico que *a ningún hombre se le ocurrirá sentirse discriminado o invisibilizado por ello* (*El género y la lengua*, Turner Minor, 2018, p. 24); aunque toda norma tiene sus excepciones, podría oponérsele.

⁴⁶ En el glosario antes referido que figura en el Plan de Igualdad de la Universidad de Cádiz se entiende como aquel conjunto de obligaciones impuestas a la mujeres para que no abandonen el ámbito de lo doméstico, representando una fuente de conflictividad por el considerable esfuerzo físico y emocional que comporta y la frustración de conseguir el debido equilibrio entre las exigencias externas y las demandas que llegan desde el hogar y la familia.

⁴⁷ Interesante el criterio judicial *humanizador* sobre el requisito de la carencia específica en los casos de lagunas de cotización: considerar como paréntesis el lapso de tiempo que no se cotizó.

⁴⁸ Para contrarrestar los efectos de la falta de cotización se acude al remedio de las cotizaciones ficticias por parto y cuidado de hijos. Se critica esta clase de medidas porque al reconocerse solo a la mujer se perpetua el reparto de roles,

También resulta interesante la ficción de considerar cotizada por jornada completa la reducción en caso de guarda legal o atención a otros familiares en períodos variables siempre susceptibles de mejora. En fin, todo un conglomerado de supuestos complejos que con frecuencia atraen la atención de la jurisprudencia y la buena doctrina⁴⁹. Porque la solución final pasa por las seductoras palabras de equiparación, flexibilidad y correspondencia.

El tratamiento de la discapacidad está repleto de viejas huellas y cicatrices siempre actualizadas. Y también de estadísticas. Eso mismo sucede cuando se ponen en relación con la edad los distintos sectores de actividad y la desigual clase de contingencia: en todos los ámbitos se pueden hacer números y enfrentar datos para llegar a toda suerte de conclusiones y evidencias. Y ello mediante una infinidad de reglas técnicas que con frecuencia no responden al interés general o a las políticas sociales sino a los objetivos presupuestarios de la Tesorería de la Seguridad Social. Eso mismo puede sostenerse de la política de contratación de personal en el conjunto de la Administración, incluida la Universidad (*de ésta y de todas, se malicia con sutileza*) en que la utilidad económica se impone en detrimento de otros valores y con fomento de la precariedad del trabajo⁵⁰.

El principio de la *no contributividad* en el sistema de Seguridad Social queda asociado al género femenino y se satisface a través de impuestos. En este apartado se invierten los factores lógicos; primero se fija el concepto de incapacidad y después se analiza desde una perspectiva de género⁵¹. Y una conclusión obvia: la edad es un elemento que va a influir en mayor medida que la discapacidad en la protección no contributiva de la Seguridad Social porque en la mujer tal clase de prestación se muestra como alternativa a la viudedad.

Obvio y radical son calificativos que, a duras penas, se contiene de *participar sonoramente* (es decir, gritar con estruendo) a un auditorio entregado y conforme.

6. La quimera del trabajo decente

Los vapores del emprendimiento, del riesgo y de la aventura comienzan a inundar la sala cuando la siguiente ponente anuncia que debe darse un impuso al papel de la mujer en un ámbito ajeno, pero complementario, al del trabajo asalariado ¿Qué es eso de fichar y estar recibiendo órdenes en régimen de dependencia? Interesante y prometedor. Aunque

razón que podría justificar el que se hicieran extensivas de forma general si en lugar de atender al vocablo *parto* (limitado a la mujer) se considerase el hecho del nacimiento mismo.

⁴⁹ Así, la STC 61/2013, sobre cotización en los contratos a tiempo parcial, al entenderla discriminatoria contra la mujer. La ley 1/2014, de 28 de febrero, vino a corregir los efectos perversos de la situación previa, aunque en el premio a la contribución demográfica que supone el reconocimiento a las mujeres de un incremento en las bases reguladoras por nacimiento de hijos (en porcentajes del 5% al 15%) también cabe la crítica por discriminación positiva.

⁵⁰ Sobre esta comparativa podemos extendernos en las luminosas reflexiones con que Nuccio Ordine nos deslumbra en su manifiesto *La utilidad de lo inútil* (Acantilado, Barcelona 2018), cuya segunda parte tiene por título *La universidad-empresa y los estudiantes-clientes* postulando la prevalencia del saber frente a los criterios mercantilistas y de recorte en las inversiones educativas (p. 77).

⁵¹ Interesante, por cosmética, la reserva del 2% en las empresas de más de 50 trabajadores como incentivo del empleo de las personas con discapacidad y los porcentajes de feminización que en este grupo se registran como expresión de protección social contributiva.

para qué vamos a negarlo, la gran mayoría de la población piensa que eso de establecerse como autónomo es fruto de la necesidad y casi nunca se plantea como un objetivo valioso. Que quede claro (y mira con recelo a quienes componen la mesa), todos hablando de la cuestión de género, del trabajo decente y otra suerte de vulnerabilidades pero ninguno se aventura al riesgo de poner un negocio. Mejor y más seguro, al calor de un empleo público conseguido con honestidad y en competencia con otros en lícita oposición, conforme a los sacrosantos principios del mérito y la capacidad –se deleita con íntima picardía–.

Resulta novedoso, original y hasta curioso calificar las empresas con el tinte de sus promotores. Lo femenino sin duda está en el Diccionario indicando todo lo relativo a la mujer⁵², incluso le sorprende conocer que –a juicio de la profesora ponente– en Apuleyo (ahora conoce que este escritor romano es autor del *Asno de Oro*) el vocablo *femen-feminis* hace referencia a la parte interior del muslo, es decir, *por donde se toca el uno con el otro*, en contraposición a *femur-oris*, que en Cicerón aparece como el *muslo por de fuera*, esto es, *por las partes en que no toca el uno con el otro*. Esta versión (tan atrevida y sicalíptica como real y fundada) ha dado lugar a que se dude de su veracidad pues convive con otras leyendas de origen popular y llega al mismo San Isidoro de Sevilla que en sus Etimologías relaciona dichos vocablos para contrastar las distintas cualidades que separan a una y otro⁵³. Tampoco puede encontrar origen en aquella otra que relaciona el término con ciertos inquisidores de la Edad Media cuando identifican lo femenino con *fides minus*, pretendiendo de forma grotesca exaltar la infidelidad y la lujuria en un impresentable afán de denigrar y vituperar a la mujer⁵⁴.

Pero hecha esta advertencia de orden semántico, nada más refrescante que abordar el difícil equilibrio entre lo que representan los conceptos de trabajo autónomo y decente de la mujer. Porque sin duda la autonomía es valor social que da mucho temor y genera incertidumbres, a un nivel parecido al de la constitución de una empresa. El trabajo autónomo es de naturaleza personal y entraña riesgos que no siempre uno se aventura a correr. Sobre todo en unos niveles de aptitud, decencia y respeto sin apoyos reales y eficaces, más allá de cuatro rasgos decorativos de aliento institucional, sistemáticamente contestado (cuando no neutralizado) por intereses económicos basados en el lucro desmedido y en una feroz competencia, más de simpatías y oportunidades que de méritos o interés general⁵⁵.

Todo empieza con la aportación de algunas cifras con que iniciar la disertación: parece ser que sin estadísticas no cabe fundar argumentos. Y no olvidemos que muy a menudo más que una decisión personal (la de establecerse de forma autónoma) suele mostrar-

⁵² El Diccionario Latino-Español *Nuevo Valbuena* (en su 6^a edición del año 1846) entraña el vocablo con *femineus* (citado en la obra del poeta Ovidio, siglo I a. C., autor de obra poética entre la que destaca *Ars Amandi*) que como adjetivo referido a los tres géneros (neutro incluido) hace referencia a lo femenil, femenino o relativo a las mujeres.

⁵³ Sin duda, estas digresiones son fruto de algunas páginas del *internet sabelotodo* y sin escrupulo alguno que vienen a retratarse en su propia miseria intelectual. La paradoja consiste en comprobar que tanto *femen* como *femur* no se corresponden ni con femenino ni con lo masculino: ambos son vocablos neutros.

⁵⁴ Sin duda esta postura solo puede ser fruto de mentes delirantes que obtienen como resultado el verse reflejados en su propio desvarío.

⁵⁵ Se habla del trabajo autónomo como nicho de trabajo, pero muy a menudo se transforma más que en un vivero de posibilidades laborales en un lugar muy distinto más próximo a su concepto opuesto: un verdadero mortuorio donde sin remedio caen muchos emprendedores osados.

se como una alternativa al desempleo⁵⁶ y a la crisis; eso sí, además ofrece mayor libertad aunque sea a costa de un deterioro en el salario y en las expectativas. Todo muy claro y directo. Y muy convincente.

Por eso debe reivindicarse el trabajo autónomo como propósito decente⁵⁷. Nada que antes no se hubiese abordado aunque dicho con nuevas palabras, forjadas a menudo en los esfuerzos de traducción que llegan desde la cultura anglosajona. En todo caso se trata de identificar la decencia con el desempeño de la actividad laboral en condiciones justas y con la debida protección a las mujeres. Y para lograr ese objetivo una premisa debe quedar asegurada: la mayor indecencia es no tener trabajo. No olvidemos que la raíz latina de la palabra *decente* proviene del verbo *decet*, *decuit*, parecer o estar bien, ser conveniente o decoroso, con etimología en el griego *deijo*, mostrar. En resumidas cuentas, masculla con ironía y pensamiento atrevido nuestra oyente⁵⁸, que lo autónomo es terreno proceloso, un campo de minas, plagado de riesgos e incertidumbre por el que mejor no caminar sin el preceptivo manual de instrucciones y siempre de la mano de la diosa fortuna.

Por supuesto que los *déficits* en materia de conciliación quedan retratados y ponen a la vista todas sus vergüenzas. Porque, claro, rige la autonomía de la voluntad aunque el Derecho Social no termine de llegar. Sí, hay que reconocer que existe una ley especial que regula esta materia y que los derechos fundamentales quedan garantizados... ¡pero poco más! Y lo mismo hay que sostener de los derechos a la seguridad y a la salud. En esto podemos recrear toda la literatura que se quiera para decir y desdecir de forma hiperbólica cuanto nos venga en gana. Y aproximar los mundos, antagónicos o complementarios, de lo propio y lo asalariado, de lo público y lo privado. Y de la mujer al hombre y viceversa. Siempre amagando pero sin centrar el tiro. Eso sí, se quiere pero a medias porque falta la voluntad de llevarlo a cabo. Así de simple.

Y para muestra, un botón. En este punto la ponente se refiere a la protección social. Y por razón etimológica se *pone* muy seria: el régimen especial de los trabajadores autónomos es un sistema rígido y flexible a la vez. Me gusta esta dicotomía, piensa para sí. Y todo ello –prosigue la relatora– en un contexto de tránsito desde el trabajo informal al formal evitando situaciones de marginalidad y no *contributividad*. Esto último nuestra protagonista no lo ha entendido muy bien, pero no le importa porque –piensa– lo importante es la comprensión de contexto⁵⁹. La misma sensación tiene cuando se expone que el concepto

⁵⁶ Generalmente puede asociarse a la deficiente protección por desempleo en la mujer las peores condiciones previas de trabajo y la discriminación que sufren en el acceso al mismo. El profesor Suárez Corujo ilustra con nitidez este hecho dando cuenta de los ejes que explican la peor posición de las mujeres en el sistema de protección por desempleo. Distingue, de una parte, entre el sesgo estructural que representa el mejor tratamiento de las carreras típicas masculinizadas; y de otra, como segundo eje, el agotamiento del sistema mediante el paro de larga duración que sufre una mayor proporción de mujeres y que atribuye al fracaso de las políticas activas de empleo. Un tercer eje vendría dado por los recortes de carácter coyuntural que, de forma subrepticia, les perjudica en mayor medida mediante una reforma invisible y neutra en términos de género. Y todo para deducir, como resultado de su confluencia, unas *negras perspectivas* que terminarán agravando la vulnerabilidad de las mujeres ante el desempleo (*La protección por desempleo desde la perspectiva de género*, Universidad Carlos III de Madrid, 17 de octubre de 2016, p. 10).

⁵⁷ Los pilares del Objetivo 8, esto es, *promover el crecimiento económico inclusivo y sostenible, el empleo y el trabajo decente para todos*, son los que tradicionalmente han venido sustentando los derechos básicos de los trabajadores.

⁵⁸ En este punto cabría aventurar una penosa consecuencia: el trabajo autónomo se concibe como un subgrupo o modalidad del trabajo flexible que determina un desigual reparto de la riqueza.

⁵⁹ En el apartado V de su ensayo *El lenguaje jurídico actual* (Editorial Aranzadi, Cizur Menor 2007) Luis María Ca-

de *habitualidad* en el autónomo flexible debe ser objeto de nuevo planteamiento. Pero esta vez cuando se habla de la reforma del sistema del autónomo en su conjunto, de sus características y peculiaridades, ninguna duda alberga de que reina un contexto de trabajo, además de autónomo, indecoroso⁶⁰.

Este sombrío panorama se confirma cuando se aborda como opción la cuestión del trabajo digital y el realizado mediante nuevas plataformas en un mercado laboral que ofrece pocas oportunidades de empleo. Eso se dice porque es pura realidad. Y ante tan fatal descripción no cabe sino expresar –ahora se mastica en la sala un halo de frialdad– mucho derrotismo y resignación. Que la economía colaborativa es una oportunidad no deja de tener chispa; mejor, es un grito desesperado ante el incendio que puede producir para mantener la supervivencia a cambio de comprometer la mismísima dignidad del trabajo.

En efecto, es manifestación de trabajo no decente en la mujer; como el que se revela por fraude en las cooperativas⁶¹ y mediante el uso desviado de la tarifa plana en los autónomos⁶². Y como por ensalmo una inesperada lágrima empieza a recorrer su mejilla izquierda. Y piensa con estremecimiento que alguien está manejando los hilos del destino para disponer la escasez y los recursos marginales como alternativa al trabajo decente⁶³.

7. Epílogo y propuestas

La sesión ha terminado. Antes de partir al espacio que el destino le tiene reservado, cierra los ojos, se hunde plácidamente en el confort del asiento y hace balance de la maravillosa experiencia académica que acaba de disfrutar, todo un regalo inesperado que le gustaría conservar. Y como madre y mujer sueña:

7.1. El trabajo no decente debe ser erradicado mediante un nuevo marco normativo en que prevalezcan los derechos fundamentales de mujeres y hombres sin quebranto en su ejercicio.

7.2. La tarea de alcanzar ese escenario es responsabilidad de todos. La dignidad en el trabajo no se consigue declarándolo –como si se tratase de un título sin contenido alguno– sino poniendo los medios necesarios en su garantía y tutela.

zorla condensa el sentido del estudio al señalar como objetivo la sintonía que la principal herramienta del jurista debe guardar con las circunstancias sociales preponderantes pero con mantenimiento de su propia entidad y alcance (p.73).

⁶⁰ La sola facultad de optar por el *quantum* de la cotización debiera desaparecer, pues las rentas altas terminan escapando al régimen privado de prestaciones.

⁶¹ Las llamadas *empresas sociales* han podido ser buen ejemplo y modelo de adaptación a los cambios en los difíciles momentos de crisis económica. También la aparición de plataformas de mujeres como *Somos Autónomas* y la Asociación de Mujeres en las Artes Visuales Contemporáneas demuestran la importancia del fenómeno desde una inequívoca perspectiva de género.

⁶² Sin duda en la reformulación de la tarifa plana anida un propósito de alentar el desarrollo de proyectos de autoempleo como expresión de economía regular.

⁶³ Existe en la actualidad un llamado *Plan Director por un Trabajo Digno para el periodo 2018-2020* nacido al amparo del diálogo político y social, que mediante la actividad que contempla (a desarrollar por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social) viene a reforzar el *Plan de Acción para la Implementación de la Agenda 2030* aprobado por el Consejo de Ministros el día 29 de junio de 2018.

7.3. *La igualdad de género es principio irrenunciable que en su dinámica nace de una misma y única identidad sustancial y se proyecta marcando inevitables y enriquecedoras diferencias.*

7.4. *El trabajo de la mujer tiene un enorme potencial tanto a nivel individual como asociativo, pero necesariamente deben removverse los obstáculos que impiden su desarrollo tanto en el ámbito familiar como profesional.*

7.5. *Dejemos de hablar del trabajo decente como si fuera una rareza de laboratorio, un fármaco experimental contenido en un tubo de ensayo.*

Despierta a tiempo de comprobar que las luces se han apagado y los asistentes se han ido. Ella sigue en el mismo sitio, sorprendida, anclada todavía a sus emociones. Impulsada por un viento favorable y cálido, casi levitando, acierta a dar unos cuantos pasos, inseguros y desganados. Abandona el auditorio y se dirige a casa: unos cartones sucios a poca distancia de allí.

Anochecía en una calle cualquiera.

Bibliografía citada

- AA.VV. *El futuro del trabajo que queremos*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid 2017.
- ALAMEDA CASTILLO, María Teresa, *Trabajo autónomo decente de la mujer*, en Blázquez Agudo, Eva María (Dir.), *Los ODs como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*, Editorial Dykinson, Madrid 2018.
- ÁLVAREZ DE MIRANDA, Pedro. *El género y la lengua*, Turner Minor, 2018.
- ARAGÓN GÓMEZ, Cristina, *Propuestas de reforma legislativa, en materia de Seguridad Social para hacer emerger el trabajo autónomo irregular*, Documentación Laboral, número 107, 2016.
- BLÁZQUEZ AGUDO, Eva María (Dir.). *Los ODs como punto de partida para el fomento de la calidad del empleo femenino*. Editorial Dykinson, Madrid 2018.
- CAZORLA PRIETO, Luis María. *El lenguaje jurídico actual*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- DICCIONARIO LATINO-ESPAÑOL, el *Nuevo Valbuena* (6^a edición) Paris, en la Librería de Don Vicente Salvá, 1846.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. *La dimensión laboral de la violencia de género (comentario a la L.O. 1/2004, de 28 de diciembre)*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Enrique. Prólogo al estudio de Luis María Cazorla Prieto *El lenguaje jurídico actual*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Trabajo y necesidades familiares: la reducción y adaptación del tiempo de trabajo*. Iustel. RGSS, vol. 48, 2018.
- HERRAIZ MARTÍN, María Sol. *La gestión del tiempo de trabajo en el siglo XXI*. Editorial Laborum. Murcia, 2014.

- LÓPEZ INSUA, Beatriz. *El principio de igualdad de género en el Derecho Social del Trabajo*, Editorial Laborum, Murcia, 2017.
- LLEDÓ IÑIGO, Enrique. *Dar razón. Conversaciones*. KRK Ediciones, 2017.
- MORENO SOLANA, Amanda. *La prevención de riesgos laborales de los trabajadores especialmente sensibles*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- NIETO ROJAS, Patricia. *Dimensión de género en el tratamiento convencional de la seguridad y salud laboral*, en Blázquez Agudo, E.M., *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Instituto de Estudios de Género. Uc3m, 2017.
- ORDINE, Nuccio. *La utilidad de lo inútil* (20^a ed.), Acantilado, Barcelona 2018.
- QUINTERO LIMA, María Gema. *La protección a la familia desde una perspectiva de género*, en Blázquez Agudo, Eva María. *Prestaciones de Seguridad Social y Género*. OISS, 2017.
- SUÁREZ CORUJO, Borja. *La protección por desempleo desde la perspectiva de género*, Universidad Carlos III de Madrid, 17 de octubre de 2016.
- URRUTIA GÓMEZ, Jaime. *La verdad convenida, Literatura y Comunicación*, Editorial Biblioteca Nueva, Madrid, 1997.

Responsabilidad pública en materia de violencia de género (Especial referencia a las hijas e hijos de madres maltratadas)

Public responsibility in the matter of gender violence (Special reference to the daughters and sons of battered mothers)

MARÍA DEL CARMEN PERAL LÓPEZ*

Abogada. Profesora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Departamento de Derecho Público y Privado Especial. Universidad de Jaén

Recibido: 05/07/2019

Aceptado: 24/10/2019

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5389>

Resumen. Las mujeres víctimas de violencia de género y sus hijas e hijos sufren una doble victimización, al haber vivido en un ambiente de violencia permanente dirigida en principio hacia sus madres, pudiendo llegar a ser triple cuando son testigos de este tipo de agresividad, que llega incluso a causarles la muerte. Tras el cese de la convivencia de la pareja no dejan de sufrir, en muchos casos, empiezan un régimen de visitas con el padre biológico, situación que los expone a un nuevo tipo de riesgo hacia ellos o a la madre a través de ellas y ellos. Este tipo de violencia es la llamada violencia vicaria. Tras las reformas normativas de 2015, se siguen otorgando regímenes de visitas, estancias y comunicaciones a progenitores que infringen malos tratos a la madre y no han aumentado prácticamente las medidas de protección a los menores en estos supuestos tras casi cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor de dichas reformas. Es cierto que la solución está en la preparación especializada, pero, mientras la deseada formación de los operadores jurídicos deja huella, hay que aplicar medidas de protección a los menores y dar un paso más tomando conciencia del daño que se está cometiendo, asumir la responsabilidad que le corresponde al Estado y articular medidas indemnizatorias al igual que en su día se hizo con las víctimas del terrorismo. Sorprendentemente, ni Ley Orgánica 1/2004, ni las legislaciones autonómicas han incluido definiciones de la violencia institucional, que conlleva la obligación de reparación del daño por parte del Estado y su traducción en indemnizaciones para las víctimas.

Palabras clave: violencia, género, institucional, responsabilidad, menores.

Abstract. The daughters and children of women victims of gender violence suffer a double victimization, having lived in an environment of permanent violence directed in principle towards their mothers, and can be triple when they witness this type of violence, which even

* mcarmen.peral8@gmail.com

reaches cause them death. After the cessation of the cohabitation of the couple they do not stop suffering, in many cases, they begin a regime of visits with the father, situation that exposes them to a new type of violence towards them or to the mother through them and they, the called vicarious violence. In spite of the reforms of 2015, the visitation, stay and communication to parents that violate mistreatment of the mother continue to be granted, and practically no measures have been taken to protect minors in these cases in the three years since entry, in force of said reforms. While the desired training of legal operators leaves its mark, it is necessary to apply measures to protect minors and go a step further by becoming aware of the damage that is being committed, assuming the responsibility that corresponds to the State and articulating compensation measures as in his day was with the victims of terrorism. Surprisingly, neither Organic Law 1/2004, nor the regional legislations have included definitions of institutional violence, violence that entails the obligation to repair the damage by the State and its translation in compensation for the victims

Keywords: violence, gender, institutional, responsibility, Administration, minors.

1. Introducción

Desde el punto de vista político, las Conferencias mundiales sobre las mujeres han propuesto medidas concretas en materia de violencia de género y lo mismo podría decirse de las resoluciones aprobadas casi todas en el seno de la III Comisión de la Asamblea General Naciones Unidas, Organización Internacional pionera en abordar el problema de la violencia contra las mujeres. Tanto desde la visión política, como desde el análisis jurídico, la Organización ha aprobado medidas para combatir esta forma de violencia.

Desde el punto de vista jurídico, especialmente a partir de la aprobación en 1979 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres (CEDAW)¹, y de la aprobación en 1993 de la Declaración de Naciones Unidas sobre la violencia contra las mujeres², también ha habido un despliegue de actividades.

Es significativa la calificación de la violencia a la que se refiere el n.º 1 de la recomendación n.º 19³, confirmando que la violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que le impide el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. De este modo, la recomendación confirma el encuadre de la violencia contra la mujer en la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, lo que desmarca la cuestión del mero ámbito de la vida privada e incluso de las políticas sociales.

La DEDAW (The Declaration on the Elimination of Discrimination against Women), la CEDAW (The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women)⁴, y el Convenio de Estambul⁵ establecen un catálogo de obligaciones que van des-

¹ <http://www.inmujer.gob.es/ellInstituto/normativa/normativa/docs/convencion.pdf>.

² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 48/104 del 20 de diciembre de 1993. "RESOLUTIONS: General Assembly, 48th session". [un.org](http://www.un.org).

³ El n.º 1 de la recomendación general n.º 19 afirma: La violencia contra las mujeres es una forma de discriminación que inhibe gravemente la capacidad de la mujer de gozar de derechos y libertades en pie de igualdad con el hombre.

⁴ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) es un tratado internacional adoptado en 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas. "Colección del tratado de las Naciones Unidas". [un.org](http://www.un.org).

⁵ El día 11 de mayo de 2011, el Plenipotenciario de España firmó *ad referendum* en Estambul el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en la

de la protección de las víctimas de violencia de género a los contenidos de las políticas públicas, legislaciones y acciones para prevenir, detectar, proteger y castigar los actos de violencia contra la mujer. Este conjunto de obligaciones prestacionales genera derechos a favor de las víctimas, que a su vez integran el derecho de acceso a la justicia de las mujeres que tienen tal condición.

Es decir, las normas nacionales e internacionales crean los contenidos objetivos y subjetivos del derecho de la mujer a la vida libre de violencia y su consecuente derecho de acceso a la justicia. Entre ellos, el deber de diligencia debida de los Estados, que adopta una doble dimensión de responsabilidad: una dimensión sistémica y una dimensión individual, que a su vez se relaciona con los derechos sociales e individuales, respectivamente. El concepto de “debida diligencia” adquiere una gran importancia en materia de responsabilidad del Estado⁶

Las hijas e hijos de mujeres víctimas de violencia de género sufren una doble victimización, al haber vivido en un ambiente de violencia permanente dirigida en principio hacia sus madres y en el peor de los casos quedar huérfanos por esta lacra social, que puede llegar a ser triple cuando son testigos de este tipo de violencia, siendo uno de los factores de riesgo más importantes relacionados con la seguridad física y emocional de la infancia y adolescencia, pudiendo llegar incluso a causarles la muerte

Estos menores, tras el cese de la convivencia de la pareja no dejan de sufrir puesto que, en la mayoría de los casos, empiezan un régimen de visitas con el padre, situación que los expone, en ocasiones, a posibles nuevos riesgos⁷ en un nuevo tipo de violencia hacia ellos o encaminada hacia la madre a través de ellos⁸, la denominada *violencia vicaria*⁹.

A pesar de las reformas de 2015¹⁰, en cumplimiento del mandato del artículo 39 de la Constitución Española y de las demandas de cambios sustantivos jurídico-procesales

misma ciudad y fecha. En BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976, se publicó el Instrumento de ratificación de dicho convenio, entrando en España en vigor el 1 de agosto de 2014.

⁶ MARTÍNEZ GARCÍA, E. “Los deberes del estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, ISSN 1888-3443, N.º 22, (2017), pp. 92-118.

⁷ MÚRTULA LAFUENTE, V., *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Ed. Dykinson, 2016.

⁸ PERAL LOPEZ, M.C.: – *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos*. Universidad de Málaga (UMA), 2018. ISBN 9788417449209. – *El fenómeno de la violencia de género a través de las hijas e hijos de madres maltratadas* Ed. Diputación Provincial de Jaén ISBN 978-84-09-01570-2, 2018.

⁹ RAE (como adjetivo) Vicario: 1. que toma el lugar de otra persona o cosa; sustituto. 2. castigo vicario: sufrido o realizado por una persona en lugar de otra. LILA MURILLO, S. *Actitudes y respuestas de la policía ante situaciones de violencia de género en las relaciones de pareja*. Instituto de la Mujer, 2009. CASTILLERO MIMENZA, O., “¿Qué es la violencia vicaria? Un tipo de violencia indirecta que sufren los más desprotegidos: los niños”. <https://psicologiyamente.net/forense/violencia-vicaria>.

¹⁰ El artículo 39 de la Constitución establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. En cumplimiento de este mandato, el legislador estatal, en el marco de sus competencias, reguló las instituciones jurídico-públicas y privadas sobre las que se asienta la protección del menor. Ante la demanda de una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo de la Constitución, en 2015 se acometieron importantes modificaciones del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia con dos leyes fundamentalmente: la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ambas normas desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de con-

en el sistema de protección de menores, se siguen otorgando regímenes de visitas, estancias y comunicaciones a progenitores condenados por malos tratos a la madre. No han aumentado prácticamente las medidas de protección a los menores en estos supuestos en los cuatro años transcurridos desde la entrada en vigor de dichas reformas, probablemente porque la solución no esté en unas reformas, con medidas que facultan y de gran elasticidad y que de poco sirven sin una previa formación especializada real de los operadores jurídicos, que enseñe a detectar los numerosos matices de este tipo de violencia.

En definitiva, se detectan demasiadas cautelas por parte del legislador, que se resiste a la automaticidad en la aplicación de medidas que conlleven supuesto de riesgo o peligro para el o la menor, sin perjuicio de las garantías que se tengan que observar, a la hora de optar por una suspensión de la patria potestad, guarda y custodia o del régimen de visitas en casos de violencia de género¹¹. En este sentido, parece ser que el legislador olvida la manipulación e instrumentalización de la que son objeto las y los menores y la victimización a la que quedan expuestas las mujeres que sufren violencia al no poder romper definitivamente todos los vínculos con el agresor y olvida la falta de formación con perspectiva de género¹² y de sensibilización de dichos operadores jurídicos.

Si bien es cierto que, mientras esa deseada formación deje huella, hay que tomar medidas legales y judiciales, civiles y penales, de protección de los menores que, lejos de la elasticidad de las normas existentes y de la disparidad de las resoluciones judiciales, garanticen la seguridad de los menores que están bajo la patria potestad, la guarda y custodia o el sometimiento a un régimen de visitas, estancias y comunicaciones con un maltratador¹³ y de o ser así el Estado tendrá que asumir su responsabilidad y reparar el daño¹⁴.

2. Competencia y responsabilidad del Estado en intervenir con unas políticas reales de prevención y protección adaptadas a la realidad social

Mientras se ponen en práctica las mejoras pretendidas mediante el Pacto de Violencia de Género, habrá que tomar conciencia del daño que se está cometiendo, asumir la responsabilidad que le corresponde al Estado y articular medidas indemnizatorias al igual que en su día se hizo con las víctimas del terrorismo.

tenido al concepto mencionado, se recoge, con el artículo 2, que su interés superior sea una consideración primordial, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años y los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre derechos del niño.

¹¹ MAGRO SERVET, V., "El régimen de visitas en la violencia de género". Práctica de Tribunales nº 100 Sección Práctica Procesal, enero-febrero 2013, *La Ley 19268/2012*.

¹² TORRES DÍAZ, M.C. "La perspectiva de género como criterio de aplicación jurisprudencial ante la valoración de la intencionalidad del agresor en un contexto patriarcal". *Investigación y Género inseparables en el presente y en el futuro. IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*. Sevilla, 2012.

¹³ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., "Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas", en Diario La Ley, núm. 7480, año XXXI, La Ley 2010.

¹⁴ PAZ RODRÍGUEZ, J. I., "El llamado Síndrome de Alienación parental. La valoración del daño de las víctimas de la violencia de género". *Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 2007.

Por un lado, se reconoce como víctimas a madres, hijas e hijos¹⁵ y, por otro, cada una de estas víctimas, recordando que al ser menores han de tener una especial protección, tendrán que acudir a los Tribunales para que se les reconozca el daño físico y/o moral infringido a estas niñas, niños y adolescentes, a causa del mal funcionamiento de las Administraciones Públicas, vulnerando su derecho fundamental al adecuado desarrollo de su personalidad amparado en el art. 10 de la CE, en el mejor de los casos, y en el peor a su integridad física y a la vida, y al amparo del art 106, es decir, exigir la Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁶ y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público¹⁷, como una especialidad del procedimiento administrativo común. Por tanto, habrá que evaluar y responder del daño físico y/o moral que se puede infringir a estas niñas, niños y adolescentes a causa de este mal funcionamiento de las Administraciones Públicas, vulnerando su derecho fundamental al adecuado desarrollo de su personalidad amparado en el art. 10 de la CE, y al amparo del art 106 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

Los casos en que las Administraciones Públicas resultan responsables, de acuerdo con el sistema de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas están positivados y en los supuestos en que las Administraciones Públicas no resultan responsables les serán de aplicación otros sistemas distintos al indemnizatorio, como el albergado en la Ley 32/1999 de solidaridad con las víctimas del terrorismo¹⁸ o en el Real Decreto 288/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Ayudas y resarcimientos a las víctimas de delitos de terrorismo¹⁹.

Entre las deficiencias de la ley de violencia de género destaca la regulación de la responsabilidad del Estado y de la administración por *victimización secundaria*²⁰.

Se ha de partir, necesariamente del frontispicio constitucional y, como es sabido, el artículo 106.2 de la CE institucionaliza la Responsabilidad de los poderes públicos como uno más de los requerimientos de todo Estado de Derecho junto con el principio de legalidad, señalando que los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Ahora bien, no es ésta la única referencia constitucional

¹⁵ DEU DEL OLMO, M.I., *Hijos e hijas víctimas de violencia de género en la Ciudad de Ceuta*. Tesis Doctoral. José Antonio Liébana Checa (dir. tes.), Carmen Villaverde Gutiérrez (dir. tes.), Santiago Real Martínez (dir. tes.) Granada: Universidad de Granada. [<http://hdl.handle.net/10481/43005>, 2016].

¹⁶ BOE núm. 236, de 02/10/2015.

¹⁷ BOE núm. 236, de 02/10/2015.

¹⁸ BOE núm. 242, de 9 de octubre de 1999.

¹⁹ BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2003. Ya en 2015 DAZA reclamaba un tratamiento especial y prioritario para estas víctimas, mediante un paralelismo entre las víctimas de delitos de terrorismo y las víctimas de violencia de género: *Vid. DAZA BONACHELA, M. M. "Paralelismos entre terrorismo y violencia machista" Journal of Feminist, Gender and Women Studies 1: 73-83, Enero, 2015.*

²⁰ La victimización secundaria hace referencia a la mala o inadecuada atención que reciben las mujeres víctimas de violencia de género por parte del extenso entramado de instituciones sociales (sistema sanitario, social, policial, judicial, educativo e informativo). RUIZ-RICO RUIZ, Catalina. "Aproximación a los nuevos retos jurídicos de la violencia de género: la responsabilidad pública". *Derecho y Cambio Social* ISSN: 2224-4131, 2014.

que evidencia la importancia que se quiso dar por el constituyente al instituto de la Responsabilidad, sino que ya en el Título Preliminar del citado Texto, concretamente en su artículo 9.3, se garantiza al más alto rango como principio la Responsabilidad de todos los Poderes Públicos, entre los que, señaladamente, se encuentra la Administración.

La responsabilidad de la Administración, como puede constatarse, va a conformarse exclusivamente como objetiva y ello significa que, al igual que en el ámbito del Derecho Privado –en el que encuentra también cabida la responsabilidad sin culpa, por la simple creación de una situación de riesgo–, en el ámbito del Derecho Administrativo la responsabilidad de las Administraciones Públicas también es independiente de cualquier idea de culpa. Incluso la omisión, en la mayoría de los casos, supondrá un funcionamiento anormal según el nivel de diligencia exigible a la Administración²¹.

Pero iría más allá, es necesario ampliar la acción tuitiva asistencial e indemnizatoria de todas las víctimas de violencia de género, bien con carácter directo o subsidiario y añadir la equidad y la solidaridad social como las razones o fundamentos de la respuestas a esta problemática, en la medida en que puede considerarse que las víctimas de violencia de género se encuentran en peor situación que otra clase de grupos que sufren daños.

Resarcir el dolor de las víctimas resulta difícil a través de instrumentos jurídicos como la institución de la responsabilidad, la ayuda, la compensación o la pensión. Sólo el fin de la violencia machista acercará los sistemas hacia la inalcanzable reparación integral.

En la Directiva 2012/29/UE por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos²² y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, se incluye, en el artículo 57, una atención específica a los procesos de victimización secundaria que sufren las víctimas de violencia de género en el ámbito de la justicia. Se exige que los profesionales y las profesionales que hayan de tratar con la víctima antes del proceso penal, durante o después de éste, tengan una formación especializada para facilitar el trato y evitar así situaciones de victimización secundaria²³.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Opuz vs. Turquía²⁴, en el que la demandante alegó, en especial, que las autoridades del Estado no la habían protegido a ella ni a su madre de la violencia doméstica, lo que había llevado a la muerte de su madre y a que ella misma fuese maltratada, declaró que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que, aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por las denunciantes podía considerarse violencia basada en género, lo cual es

²¹ SORO MATEO, B., “Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas”, *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 24. 2006, pp. 251-266.

²² Diario Oficial de la Unión Europea 14/11/2012. DIRECTIVA 2012/29/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

²³ DOMÍNGUEZ VELA, M., “Violencia de género y victimización secundaria” *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*. Vol. VI, núm 1, marzo 2016.

²⁴ Corte Europea de Derechos Humanos, Opuz vs. Turquía, Demanda nº 33401/02, Sentencia de 9 de junio de 2009. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5212/18.pdf>.

una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación.

La Corte Europea constató que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas se enfrentaban a problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho que los policías no investigaban los hechos sino que asumían que dicha violencia era un “tema familiar”.

Un caso evidente es el asunto González Carreño c. España (Comunicación 47/2012), emitido, el 18 de julio de 2014, por el Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer, en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer²⁵. En este litigio se denuncia, la larga historia de violencias de género vividas por Ángela González Carreño, que concluyen con el terrible asesinato de su hija por parte de su ex pareja y padre de la menor²⁶. La resolución recuerda la responsabilidad de los estados y la vinculación entre los estereotipos judiciales y su derecho a un proceso no discriminatorio: “9.7. El comité recuerda que, bajo el artículo 2 (a) de la Convención, los Estados parte tienen la obligación de asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica del principio de igualdad del hombre y la mujer; y que en virtud de los artículos 2 (f) y 5 (a), los Estados partes tienen la obligación de adoptar medidas (...) Al respecto, el comité destaca que los estereotipos afectan el derecho de la mujer a un proceso judicial imparcial y que la judicatura no debe aplicar estándares inflexibles sobre la base de nociones preconcebidas sobre lo que constituye violencia doméstica.” El comité considera que se produce discriminación hacia la demandante, dado que las autoridades del Estado aplicaron nociones estereotipadas que condujeron a no cuestionar el régimen de visitas del padre en un contexto de violencia de género. Caso que finalizó con Sentencia de Tribunal Supremo de 17 de julio de 2018²⁷, Tribunal que reconoció la responsabilidad patrimonial del Estado por daños morales, en base al carácter vinculante del dictamen de CEDAW.

Si bien, por desgracia este no es un caso aislado, causando perplejidad la alegación por Fiscalía de la protección de una mujer asesinada justificándola que 'estaba protegida al vivir con un militar' y de otra mujer asesinada con el arma que fue devuelta por la Administración a un maltratador reincidente. La Audiencia Nacional calificó de “deficiente”

²⁵ <http://web.icam.es/bucket/Dict%C3%A1men%20CEDAW%20%C3%81ngela%20Gonz%C3%A1lez%20Carre%C3%B3n.pdf>

²⁶ Mediante sentencia, en 2018, el Tribunal Supremo da eficacia a la decisión del Comité CEDAW sobre un caso de denuncia individual presentado por la Sra. González Carreño contra España. En 1999, cuando su hija Andrea tenía tres años, González Carreño se separó después de que su marido la amenazara con un cuchillo. Durante varios años, la Sra. González Carreño presentó denuncias contra él, con el fin de proteger a su hija y solicitó la suspensión del régimen de visitas. El 24 de abril de 2003, el padre de la menor amenazó a la Sra. González Carreño diciéndole que “le iba a quitar lo que más le importaba”, según figura en los documentos del caso examinados por el Comité. Ese mismo día el padre asesinó a la niña de un disparo y posteriormente se suicidó.

²⁷ STS 17 de julio de 2018, Sala de lo Contencioso, tras desestimar la Audiencia Nacional las pretensiones de la Sra. González Carreño, Roj: STS 2747/2018.

la devolución del arma al agresor por lo que condenó al Estado a pagar 25.000 euros de indemnización a su hija, porque la Administración no comprobó suficientemente los antecedentes del agresor antes de revocar la suspensión de licencia de armas tras dos procesos por violencia de género. En este caso, al valorar la conducta del agresor, únicamente se pidió informe a la fuerza policial donde residía el marido, cuando lo “lógico” hubiera sido solicitarlo en el lugar donde vivía la esposa, pues ya estaban separados, señala la sentencia²⁸. El fallo de la Audiencia, que responde a una denuncia de la hija de la víctima, considera que la devolución del arma actuó como “coadyudante de la muerte” de la mujer. La joven, entonces menor de edad, estimaba que la Administración no había tenido en cuenta ningún dato para valorar la peligrosidad de su padre.

Sorprendentemente, en el Estado español, ni Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género²⁹, ni las legislaciones autonómica han incluido definiciones de la violencia institucional y, muy escasamente, se hace referencia a los procesos de victimización secundaria, a la obligación de reparación del daño por parte del Estado y a su traducción en indemnizaciones para las víctimas.

Una de las escasas excepciones es la ley catalana, Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista, que, aunque rechazó recoger el concepto de violencia institucional, incluye la definición de victimización secundaria (art. 3h) e indica en el artículo 47³⁰ la necesidad de indemnizar a las mujeres que sufren violencias machistas, reconociendo de esta manera la responsabilidad del Estado.

La retirada de denuncia, el incumplimiento de las órdenes de alejamiento o la renuncia a seguir el procedimiento no puede determinar la conclusión de actuaciones públicas y judiciales sin la evaluación del riesgo de los menores. La protección de los hijos como víctimas de la violencia de género impone deberes a las administraciones implicadas y a los juzgados de violencia de género.

Ahondando en las nefastas consecuencias de la minimización del riesgo en los menores, el estudio realizado por la psicóloga y profesora del área de Psicología Social de la Universidad de Jaén Esther López-Zafra y el psicólogo forense José Carlos Ríos Lechuga en 2017 concluía que la violencia psicológica se hacía crónica, tras la ruptura de la relación de pareja, en el mantenimiento de las relaciones interparentales, en la línea de los hallazgos descritos por Beeble en 2007, que afirmó que un 88% de los agresores instrumentalizaban a los menores tras la separación³¹. A su vez, en relación al impacto de la exposición a la Violencia de Género en menores en Andalucía, sus resultados fueron concluyentes en cuanto a las secuelas de las y los menores: síntomas depresivos, déficit de autoestima, síntomas relacionados con ansiedad y estrés postraumático, problemas de relación social o

²⁸ RUIZ-RICO RUIZ, C. “Aproximación a los nuevos retos jurídicos de la violencia de género: la responsabilidad pública”. *Derecho y Cambio Social* ISSN: 2224-4131, 2014. DOMÍNGUEZ VELA, M. “Violencia de género y victimización secundaria” *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*. Vol. VI, núm 1, marzo 2016.

²⁹ BOE núm. 313, de 29/12/2004.

³⁰ El artículo 47 describe las indemnizaciones a las que se obliga el gobierno catalán y que se deben desarrollar reglamentariamente.

³¹ LOPEZ-ZAFRA, Esther y RÍOS LECHUGA, José Carlos, “Agresores y relaciones paternofiliales: un riesgo para la infancia”. VIII Congreso para el estudio de la Violencia contra las Mujeres. Sevilla 2017.

aislamiento, somatizaciones³²; y, como patrón de patología externa, presentaban llamadas y búsqueda de atención, agresividad verbal y problemas de conducta.

Consecuencias estas más que suficientes para hacer necesarias la adopción de medidas penales y civiles y no con carácter excepcional como se viene haciendo en la práctica judicial

3. Protección de las otras víctimas de la violencia de género

Parece claro que las medidas civiles habrán de adaptarse a las penales vigentes, entre las que se encuentran la suspensión de la patria potestad, guarda y custodia y del régimen de visitas³³, previstas en los artículos 65 y 66 de la LO 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, reformados por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Así, el nuevo artículo 65 establece que “el Juez podrá suspender para el inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él” y el artículo 66 dispone que “el Juez podrá ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él”.

A su vez, el artículo 158 del Código Civil, reformado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, añade entre las medidas cautelares a adoptar por el Juez, de oficio o a instancias del propio hijo, de cualquier pariente o del Ministerio Fiscal “dentro de cualquier proceso civil o penal o expediente de jurisdicción voluntaria”, las medidas de prohibición de aproximación de los progenitores, tutores, otros parientes o tercera personas al menor, a su domicilio o centro educativo y a otros lugares que frecuente, y de prohibición de comunicación con el menor, impidiendo a los progenitores, tutores, otros parientes o tercera personas establecer contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, en ambos casos, con respeto al principio de proporcionalidad (apartados 4º y 5º), y “en general, las demás disposiciones que considere oportunas, a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a tercera personas”, para lo cual, “se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses”. Y, por último, “en caso de posible desamparo del menor, el Juzgado comunicará las medidas a la Entidad Pública”.

Por tanto, las medidas contempladas en el artículo 158 CC, tienen el carácter de medidas cautelares, se caracterizan por su carácter urgente y necesario y tienen por finalidad

³² CORSI, J., *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003.

³³ GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., “Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas”, en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, *La Ley* 2010.

apartar al menor de situaciones puntuales excepcionales de peligro o perjuicio en el entorno familiar o frente a terceros.

A pesar de esta normativa, resultan escasas las medidas civiles de protección dictadas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, a todas luces, tras los datos publicados por el Consejo General del Poder Judicial a través del Observatorio contra la violencia doméstica y de género.

Desde otra perspectiva, también cabe señalar, la necesidad de coherencia entre los pronunciamientos que pueden efectuarse en el proceso civil y las medidas cautelares adoptadas en el seno del procedimiento penal³⁴.

Los asuntos civiles adoptados, en concreto los relativos a la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas, por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer desde el año 2018 hasta 2006, muestran el bajo porcentaje que estas medidas suponen sobre el total de las medidas (civiles y penales) acordadas³⁵:

Mientras que en 2018 y 2017 las Medidas Penales adoptadas eran de un 79,06% y 80,03% respectivamente; las civiles 20,94% y 19,97%; Suspensión régimen de visitas: 1,05% y 1,04%; suspensión de patria potestad: 0,13% y 0,14%; suspensión de guarda y custodia: 1,74% y 1,73%; medidas de protección al menor para evitar peligro o perjuicio (art. 158 Cc): 0,22% y 0,27% respectivamente, ya en 2006 las Medidas Penales adoptadas supusieron un 82%; civiles 18%; Suspensión régimen de visitas: 1,1%; suspensión de patria potestad: 0,1%; suspensión de guarda y custodia: 2%; medidas de protección al menor para evitar peligro o perjuicio (art. 158 Cc): 0,1%³⁶

Otro dato a destacar es que, tras las reformas operadas en 2015 en el Código Penal y en la LEcrim, sobre todo en materia de medidas de protección a las hijas e hijos de las víctimas de violencia de género, además de la baja proporción de la adopción de estas medidas respecto de las denuncias presentadas, es la disparidad en estas cifras dependiendo del órgano judicial que tenga competencia para resolverlas.

Ya lo ha expuesto el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del Consejo General del Poder Judicial que considera preocupantes la constatación de la existencia de una colocación asimétrica ante la ley en la que se situarían algunas interpretaciones existentes respecto de los aspectos que afectan a la seguridad jurídica, ofreciéndose a las víctimas de esta violencia respuestas muy dispares en función de la provincia o la comunidad autónoma en que residen.

³⁴ Entre otros VILLAGRASA ALCAID, C., "Protección en el ámbito civil" *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y Práctica forense*. VV.AA. Cizur Menor, Navarra, 2007. MARTÍNEZ GARCÍA, E. "Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión" *Mujer y Derecho*. Jornada por la Igualdad de la Facultad de Derecho. Universitat de Valencia, FABREGAS MONFORT, G. (Coord.) Valencia 2011.

³⁵ En los datos anuales que publica el CGPJ a través del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, se calculan los porcentajes de estas medidas sobre el total de medidas civiles adoptadas, no sobre el total de medidas (civiles y penales). Estadística presentada el 29 de marzo de 2019, relativos al año 2018. Observatorio contra la Violencia Doméstica o de Género. Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018>.

³⁶ *Vid.* Datos calculados sobre el total de medidas adoptadas con los datos anuales que publica el CGPJ a través del Observatorio contra la violencia doméstica y de género. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018>.

De los datos que reflejan las medidas civiles acordadas por los Juzgados de los partidos judiciales se desprende que, mientras en unos partidos judiciales se acuerdan un elevado número de medidas civiles en órdenes de protección o como medidas cautelares con respecto a los datos de otros partidos judiciales, en estos otros no se acuerdan prácticamente este tipo de medidas, es más, en algunos partidos judiciales, desde la entrada en vigor de la Ley 1/2004, nunca se ha acordado una medida civil de protección al menor, ni de suspensión de patria potestad, guarda y custodia ni de régimen de visitas, estancias y comunicaciones.

Sirva de ejemplo que, según la estadística anual de 2018 del mencionado Observatorio, del total de las medidas civiles adoptadas, algunos partidos judiciales son los que acordaron el mayor número de ellas, mientras que en otros partidos judiciales, la mayoría, se acordaron una o ninguna en todo el año, a pesar de tener un mayor número de asuntos y dictar, por tanto, mayor número de Órdenes de Protección. Así mientras en partidos judiciales como Alcalá la Real se dictaron 52 suspensiones de regímenes de visitas, 76 en Vinarós, 62 en Barcelona, 25 en Tarragona, 24 en Sevilla, Novelda y en Oviedo, 19 en Jaén, en otros Partidos Judiciales como Alicante con 1 suspensión de régimen de visitas, 1 en Soria, 1 Andújar, 1 Guadalajara, Gerona, Alicante, Elche, Badajoz, Cáceres, Vigo, Getafe, Pamplona, Vitoria, Cádiz o ninguna en Ávila, Salamanca, Albacete, Guadalajara, Toledo, Lleida, Mérida, Teruel, Pamplona, Santa Cruz de Tenerife, León, Bilbao, Segovia, Orense, Zamora, Murcia, Ciudad Real y así hasta 270 partidos judiciales que en todo el año 2018 no acordaron ninguna suspensión del régimen de visitas (en 2017 fueron 272 y en 2016 fueron 238 partidos judiciales los que no acordaron ninguna suspensión de regímenes de visitas estancias y comunicaciones).

En cuanto a la suspensión de la patria potestad, mientras partidos judiciales acuerdan 12 como en Sevilla o 7 en San Boi de Llobregat y en Madrid, o 9 en Tarragona, el resto de partidos judiciales prácticamente no ha acordado ninguna.

Y en los que respecta a la suspensión de guarda y custodia, la mayor parte de los partidos judiciales no acordaron ninguna medida en este sentido, salvo excepciones en partidos judiciales como Arcos de la Frontera 25, Algeciras 20, Granada 25, Santander 24, Orihuela 68, 120 en Barcelona, 28 Vinarós, 27 Novelda, 36 Sueca, 30 Ourense, 70 Zaragoza o 36 en Madrid³⁷.

La elasticidad de la pena, que deja a la discrecionalidad del juzgador la imposición de las medidas de protección y/o cautelares, la falta de formación y perspectiva de género hacen que, mientras un juzgador aprecia el riesgo e impone dicha medida otro juzgador opine lo contrario a la hora de actuar o, mejor expresado, deje de actuar.

Algunos colectivos, que incluyen a operadores jurídicos y asociaciones de mujeres, denuncian continuamente falta de formación con perspectiva de género³⁸ y sensibilidad

³⁷ Datos de la Estadística presentada el 29 de marzo de 2019, relativos al año 2018. Observatorio contra la Violencia Doméstica o de Género. Poder Judicial. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/La-violencia-sobre-la-mujer-en-la-estadistica-judicial---Anual-2018>.

³⁸ MONTALBÁN HUERTAS, I.: – “Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional”. Madrid: *Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial*. 2004.

del sistema jurídico en los casos de violencia de género. Muchas víctimas dudan y renuncian a denunciar por miedo a perder a sus hijos, pues el arma más poderosa que tiene el maltratador para poder continuar con el maltrato tras el cese de la convivencia son las hijas e hijos y esa arma se la entrega la propia Administración de Justicia.

Desde esta perspectiva, la desigualdad real entre mujeres maltratadas, sus hijas e hijos, dentro de la realidad nacional, presenta una vertiente constitucional que obliga al Estado a asumir una función coordinadora para impedir discriminaciones de las víctimas por razón del territorio. Ya advirtió Amnistía Internacional sobre las posibles desigualdades en la protección de los derechos de las mujeres dependiendo de las diferentes Comunidades Autónomas en las que residan. Así expresaba en su informe: "La desigualdad en la protección por razones geográficas es un aspecto que no ha sido abordado por las autoridades españolas. Las medidas de apoyo integral dirigidas a mujeres presentan diferencias en función de la zona geográfica en que se encuentran, siendo especialmente preocupante lo relativo a la acogida provisional de mujeres maltratadas. El Estado debe asegurar el acceso y la disponibilidad de servicios y recursos de calidad, cuya provisión se corresponda con la obligación de garantizar el ejercicio de derechos".

IV. Conclusiones

Estos resultados y los demás estudios sobre la materia llevan a concluir que, ¿cómo va a confiar una mujer víctima de violencia de género en las Instituciones si los poderes judiciales descargan en ocasiones la responsabilidad sobre las propias víctimas?

Si bien es cierto que las instituciones, en general, rechazan la violencia de género, en la práctica reconocen que, en frecuentes ocasiones, la falta de coordinación, la escasez de formación específica, la escasez de recursos y ausencia de perspectiva de género hacen que se minimice el riesgo de las víctimas y sus hijas e hijos. Sin embargo algunos de estos motivos tienen fácil remedio y otros son simples excusas, por ejemplo, no se puede alegar la carencia de recursos a la hora de afinar la valoración del riesgo en casos más que evidentes, haciendo caso omiso de los informes de las unidades de valoración forense integral o de servicios sociales, sanitarios o asistenciales³⁹.

En nuestro país, la normativa estatal de violencia de género, a diferencia de la Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista de Cataluña⁴⁰, no regula un deber de las administraciones de detectar e identificar situaciones de riesgo o existencia de violencia machista.

Sólo desde la perspectiva de los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, entre los que se destaca Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo, que obligan al Estado español al cumplimiento de las disposiciones contenidas en ellos al

³⁹ GOMEZ DE TERREROS, I., *Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil*. Ed. Comares. Granada 1997.

⁴⁰ BOE núm. 131, de 30 de mayo de 2008.

formar parte del ordenamiento jurídico español y, por tanto, de obligado cumplimiento, está clara esta responsabilidad de las Administraciones competentes. No obstante, habría de plantearse la posible vulneración de los tratados internacionales por nuestras normas de violencia de género, que no reproducen los deberes de los Estados en esta materia.

Si se comprendiera adecuadamente la violencia de género, se entendería que dicha violencia se nutre también de violencias institucionales, de acciones u omisiones realizadas por el Estado y sus autoridades y, ante la imprevisión de responsabilidad estatal por fallos del sistema, se regularía esta materia, no dejando, como en la actualidad, únicamente la facultad para recurrir a la protección internacional derivada de los Tratados ratificados por nuestro país. De modo que en la actualidad la única respuesta posible en estos supuestos consiste en el recurso a instancias internacionales para exigir responsabilidad al Estado por violencia de género, formando parte del grupo de países cuya normativa así lo establece y que tildamos de inferior grado de tutela jurídica en materia de violencia de género y menores.

Mientras se siga pensando por parte de los operadores jurídicos que no hay que suspender los regímenes de visitas y las guardas y custodias a los maltratadores condenados o, de manera preventiva, a los que están siendo investigados por maltrato, el Estado estará asumiendo el riesgo que para las hijas e hijos puede suponer esta convivencia. Habrá que estudiar por qué no se cree a una víctima de violencia de género y dar una solución, pero mientras tanto el Estado tiene que asumir las nefastas consecuencias de la falta de formación específica, tiene que asumir la responsabilidad y reparar ese daño

La realidad es que sigue descendiendo la concesión de medidas de protección y existen muchas diferencias territoriales, hay gran disparidad en las decisiones judiciales.

Hasta el momento no sólo no se hace cargo el Estado, sino que la mujer que protege a sus hijas e hijos tiene que cargar con multas coercitivas, apercibimientos de cambios de custodia y, en el peor de los casos, cambios de custodia y condenas de prisión y multa por delito de desobediencia grave a la autoridad.

La eficacia de las leyes de violencia de género se resiente por la imprevisión de un régimen de sanciones aplicable a las irregularidades, anomalías, errores, negligencias cometidas por la administración y juzgados competentes en esta materia. Paradójicamente, la multiplicidad de medidas garantistas de las mujeres maltratadas por el legislador no se ha implementado con la incorporación de mecanismos jurídicos y acciones específicas para la exigencia de responsabilidades administrativas y judiciales.

La irresponsabilidad del Estado y de las Administraciones Públicas en la protección de las víctimas de violencia de género, mujeres maltratadas y sus hijas e hijos, afecta al derecho a la tutela judicial efectiva.

Referencias bibliográficas

ACALE SÁNCHEZ, M.: – “El niño como víctima de los malos tratos en el ámbito familiar” *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián, Vol. 4, 2003, ISBN 84-8373-558-X*, pp. 11-38.

- "Aspectos penales del pacto de estado español contra la violencia de género de 2017". *Diritto Penale Comtemporaneo*. <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/7538-acalesanchez118.pdf>.
- AGUILAR REDORTA, D.: - VV.AA., Aclaraciones sobre el "síndrome de alienación parental".
- AGUILAR REDORTA, D. (2007). *American Juornal of Forensic Psychology, Volume 19*, (2001/31).
- "La infancia víctima de violencia de género", *III Congreso del Observatorio contra la violencia doméstica y de género, 2009*.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., "El estatuto de la víctima y las víctimas de violencia de género". *Diario La Ley nº 8884*, 2016
- CASTILLERO MIMENZA, O., "¿Qué es la violencia vicaria? Un tipo de violencia indirecta que sufren los más desprotegidos: los niños". <https://psicologiamiente.net/forense/violencia-vicaria>.
- CORSI, J., *Maltrato y abuso en el ámbito doméstico. Fundamentos teóricos para el estudio de la violencia en las relaciones familiares*. Buenos Aires: Paidós. 2003
- CUADRADO RUIZ, M.A., "Violence against women. Forced marriages" en *VII IFCLGE, Paper Collection*, Beijing, 2015.
- DAZA BONACHELA, M. M. "Paralelismos entre terrorismo y violencia machista" *Journal of Feminist, Gender and Women Studies 1: 73-83, Enero/January 2015*.
- DEU DEL OLMO, M.I., *Hijos e hijas víctimas de violencia de género en la Ciudad de Ceuta*. Tesis Doctoral. José Antonio Liébana Checa (dir. tes.), Carmen Villaverde Gutiérrez (dir. tes.), Santiago Real Martínez (dir. tes.) Granada: Universidad de Granada. <http://hdl.handle.net/10481/43005>, 2016.
- DIEZ GARCÍA, H., "Comentario al art. 158 del Código Civil ". *Comentarios al Código Civil Tomo II* (arts. 152 a 360). BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (dir.) Tirant lo Blanch. Valencia 2013.
- DOMÍNGUEZ VELA, M., "Violencia de género y victimización secundaria" *Revista Digital de Medicina Psicosomática y Psicoterapia*. Vol. VI, núm 1, marzo 2016.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ LIÉVANA, G. Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la Discriminación y de la Estereotipación. *Oñati Socio legal Series, vol 5, nº 2*, 2015.
- GIL RUIZ, J.M., "Derechos Humanos, violencia de género y maltrato jurídico. Bases para entender el tratamiento integral de la violencia de género". <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2220951.pdf>
- GOMEZ DE TERREROS, I., *Los profesionales de la salud ante el maltrato infantil*. Ed. Comares. Granada 1997.
- GRANADOS PÉREZ, C., *Acuerdos del Pleno de la Sala Penal del Tribunal Supremo para uniformación de la Jurisprudencia. Años 1991-2016. Actualizados hasta julio de 2016*. 2ª ed. Tirant lo Blanch. 2017.
- GUTIÉRREZ ROMERO, F.M., "Incidencias de la violencia de género en el Derecho de Familia: especial tratamiento del régimen de visitas", en *Diario La Ley*, núm. 7480, año XXXI, La Ley 2010.

- HIRIGOYEN, M-F: *El maltrato en la vida cotidiana*. Buenos Aires, Editorial Paidós, 2003.
– *Mujeres maltratadas*. Paidós, Barcelona, 2003.
- LILA MURILLO, S. *Actitudes y respuestas de la policía ante situaciones de violencia de género en las relaciones de pareja*. Instituto de la Mujer, 2009.
- LORENTE ACOSTA, M.: – “Síndrome de agresión a la mujer. Síndrome de maltrato a la mujer”. *Revista de Ciencia Penal y Criminología* RECPC 02-07. 2000.
– *Mi marido me pega lo normal*. Barcelona: Planeta. 2003.
– *El Rompecabezas. Anatomía del maltratador*. Barcelona: Editorial Crítica, 2004.
- MAGRO SERVET, V.: – “La valoración de la declaración de la víctima en el proceso penal”.
Diario La Ley nº 7012-7013, 2008
– “El régimen de visitas en la violencia de género”. Práctica de Tribunales nº 100 Sección Práctica Procesal, enero-febrero 2013, *La Ley* 19268/2012.
– “Medidas incluidas en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, afectantes a la violencia de género”. *La Ley Derecho de Familia*, 13 de octubre de 2015, La ley 6045/2015.
- MAQUEDA ABREU, M. L.: – “La violencia habitual en el ámbito familiar: razones de una reforma”, en: VV.AA., *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi, 2001, p. 1525.
– “¿Es la estrategia penal una solución a las violencias contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico”, *Revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2007.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B., “La intervención del derecho penal en los castigos a los hijos: Un análisis comparado” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 01-07 (1999).
- MARTÍNEZ GARCÍA, E.: – “Los procesos por violencia de género: cinco cuestiones procesales y una reflexión” *Mujer y Derecho. Jornada por la Igualdad de la Facultad de Derecho*. Universitat de Valencia, FABREGAS MONFORT, Gemma. (Coord.) Valencia 2011.
– “Los deberes del estado en la protección de los derechos de las víctimas de violencia de género y la garantía de acceso a la justicia”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, ISSN 1888-3443, Nº. 22, 2017, pp. 92-118.
- MONTALBÁN HUERTAS, I.: – “Perspectiva de género: Criterio de interpretación internacional y constitucional”. Madrid: *Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial*. 2004.
– “Malos tratos, violencia doméstica y violencia de género desde el punto de vista jurídico”. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación*, nº 12. 2007.
- MORILLAS CUEVA, L., “Violencia de género versus violencia doméstica. Una reflexión a propósito de la Ley Integral”, en VV.AA. *La ley integral. Un estudio multidisciplinar*. Madrid: Dykinson. 2009. pp. 20 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., “Violencia familiar y de género en la Ley Orgánica 1/2004”. En *Estudios sobre la tutela penal en violencia de género*, coord., por Núñez Castro, E. Editorial Tirant, 2010, pp. 30 y 31.

- MÚRTULA LAFUENTE, V. *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*. Ed. Dykinson, 2016.
- PAZ RODRÍGUEZ, J. I., "El llamado Síndrome de Alienación parental. La valoración del daño de las víctimas de la violencia de género". *Estudios de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. 2007.
- PERAL LÓPEZ, M. C.: – "El supremo interés del menor. Víctimas de la violencia de género" en CUADRADO RUIZ, M Ángeles, *Cuestiones penales. A propósito de la Reforma penal de 2015*, Madrid 2016, pp. 55 y ss.
- "Efectos de la privación de la Patria Potestad. Referencia al régimen de visitas". *Actualidad Civil*. Wolters Kluwer 2017, pp. 16-30.
 - "Efectos de la privación de la patria potestad. Referencia al régimen de visitas, comunicaciones y estancias". *Revista Digital Familia y Sucesiones*, núm. 19, julio 2017. Editorial jurídica Sepin.
 - *La práctica judicial en los delitos de malos tratos: Patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas*. Granada: [<http://hdl.handle.net/10481/47880>]. Universidad de Granada, 2017.
 - *Madres maltratadas: violencia vicaria sobre hijas e hijos*. Universidad de Málaga (UMA), 2018. ISBN 9788417449209.
 - *El fenómeno de la violencia de género a través de las hijas e hijos de madres maltratadas* Ed. Diputación Provincial de Jaén ISBN 978-84-09-01570-2, 2018.
- PEREZ DEL CAMPO, A. M. "Los hijos como instrumento de la venganza del agresor". 2012 *Público*.
- REYES CANO, P.: – "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles". *Revista de la Cátedra Francisco Suárez*, 49, 2015 pp. 181-201.
- "La patria potestad a examen ante la violencia de género". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Vol. 51, 2017, pp. 335-356.
- RODA Y RODA, D. *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad* Ed. Aranzadi 2014.
- RUIZ-RICO RUIZ, C. "Aproximación a los nuevos retos jurídicos de la violencia de género: la responsabilidad pública". *Derecho y Cambio Social* ISSN: 2224-4131, 2014.
- SEPÚLVEDA GARCÍA DE LA TORRE, Á. "La violencia de género como causa de maltrato infantil". Publicado en *Cuad. Med. Forense*, 12, pp. 43-44, Enero-Abril 2006.
- SORO MATEO, B., "Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas", *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 24, 2006, pp. 251-266.
- TORRES DÍAZ, M.C. "La perspectiva de género como criterio de aplicación jurisprudencial ante la valoración de la intencionalidad del agresor en un contexto patriarcal". *Investigación y Género inseparables en el presente y en el futuro. IV Congreso Universitario Nacional Investigación y Género*. Sevilla, 2012.
- VACCARO, S. "Violencia Vicaria: Las hijas y los hijos víctimas de la Violencia contra sus madres." <http://www.tribunafeminista.org/2016/03/violencia-vicaria-las-hijas-y-los-hijos-victimas-de-la-violencia-contra-sus-madres>.
- VILLAGRASA ALCAID, C., "Protección en el ámbito civil" *Violencia de género: Perspectiva multidisciplinar y Práctica forense*. Cizur Menor, Navarra, 2007.

- VV.AA., "La violencia de género y la violencia doméstica en el contexto legislativo español: de la aprobación de la ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género a la reforma del Código Penal de 2015" ALASTUEY DOBÓN, MC. *Revista de Derecho Penal* nº 23, 2015 pp. 27-78.
- VV.AA., *Violencia doméstica, divorcio y adaptación psicológica. De la disarmonía familiar al desarrollo de los hijos*. CANTÓN DUARTE, J. Madrid, Pirámide. 2013.
- VV.AA., "La violación como episodio concreto del maltrato doméstico a la luz de la jurisprudencia más reciente". En *Estudios penales sobre violencia doméstica.*; CARMONA SALGADO, C. Editoriales de Derechos Reunidos EDERSA, 2002, pp. 509-528.
- VV.AA., "Víctimas de Violencia Familiar: Consecuencias psicológicas en hijos de mujeres Maltratadas". *Anales de Psicología, Junio, año 2005/Vol.21. Nº 001*. CORBALÁN, F. J. Y PATRÓ, R. Universidad Murcia. España. pp.11-17.
- VV.AA., "El delito de malos tratos en el ámbito familiar: artículo 153 del Código Penal". CUADRADO RUIZ, M.A. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4, 2000, pp. 1560-1566.
- VV.AA., *VIII Congreso para el estudio de la Violencia contra las Mujeres*. "Agresores y relaciones paternofiliales: un riesgo para la infancia". LOPEZ-ZAFRA, E. y RÍOS LECHUGA, J.C. Sevilla 2017.
- VV.AA, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso*. LORENTE ACOSTA, M., Comares 1999.
- VV.AA. *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*. ROMERO BURILLO, A.M. Aranzadi Cizur Menor Navarra, 2016.
- ROSSER LIMIÑANA, A.M. Menores expuestos a violencia de género. Cambios legislativos, investigación y buenas prácticas en España. *Papeles del Psicólogo / Psychologist Papers*, 2017. Vol. 38(2), pp. 116-124.
- VV.AA. *Estudios número 18* "Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres. Guía de argumentación para operadores jurídicos". RUBIO CASTRO, A.M., Instituto Andaluz de la Mujer. Sevilla 2004.

Nulidad objetiva de la extinción del contrato en período de prueba de la trabajadora embarazada

Objective nullity of the extinction of the contract in the probation period of the pregnant worker

MARÍA DOGANOC DE LEÓN *

*Letrada de la Administración de Justicia
Servicio Común de Notificaciones y Embargos
de los Juzgados de lo Social Barcelona*

Recibido: 06/07/2019

Aceptado: 20/01/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5390>

Resumen. Tras la reforma del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de Marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, en relación a la nulidad de la extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empresario durante el período de prueba de la trabajadora embarazada, se analiza en el presente trabajo la evolución legislativa y jurisprudencial en la materia, con especial referencia a los votos particulares emitidos en su día por los Magistrados que, juzgando con perspectiva de género, se apartaron de la decisión mayoritaria de la decisión adoptada por el Tribunal Supremo mediante Sentencia de 18 de Abril de 2011 y del Tribunal Constitucional en Sentencia de 10 de Octubre de 2013.

Palabras clave: nulidad objetiva, despido, período de prueba, embarazada.

Abstract. After the reform of article 14 of the Workers' Statute carried out by Royal Decree-Law 6/2019, of March 1, on urgent measures to guarantee equal treatment and opportunities between women and men in employment and the occupation, in relation to the nullity of the termination of the employment contract due to the withdrawal of the employer during the probationary period of the pregnant worker, is analyzed in this work the legislative and jurisprudential evolution in the matter, with special reference to the votes individuals issued at the time by the Magistrates who, judging from a gender perspective, departed from the majority decision of the decision adopted by the Supreme Court by Judgment of April 18, 2011 and of the Constitutional Court in Judgment of October 10, 2013 .

Keywords: objective nullity, dismissal, trial period, pregnant.

* mariadoganoc@hotmail.es

1. Introducción

El riesgo de pérdida del empleo como consecuencia de la maternidad constituye el problema más importante –junto a la desigualdad retributiva– con el que se enfrenta la efectividad del principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de las relaciones laborales¹.

Es un hecho objetivo y notorio que la situación de embarazo de la mujer afecta a su vida profesional, por lo que en aras de conseguir una efectiva igualdad entre el hombre y la mujer, dicha situación debe ser objeto de una protección integral.

Para lograr esa efectiva igualdad que se proclama, debe tenerse presente que la idea de retrasar el momento de la maternidad en muchas ocasiones va asociada al miedo a perder su puesto de trabajo, o a los inconvenientes y problemas que se va a encontrar para poder conciliar su vida laboral con la familiar. Por tanto la idea esencial debe ser el considerar que la decisión de formar una familia no suponga para la mujer trabajadora tener que renunciar a su carrera profesional –en determinadas profesiones, aunque no se prohíba directamente el acceso a las mujeres, se les obliga a seguir un patrón masculino, por ejemplo, renunciando a la maternidad²– ni que a partir de ese momento se tenga que desdoblar para poder compatibilizar su trabajo con la debida y necesaria atención a su nueva familia.

Ofrecer las mismas oportunidades a todos por igual no significa que todos podrán disfrutar y ejecutar estos derechos formales de la misma manera. La política de igualdad de oportunidades no tiene en cuenta la existencia de condiciones materiales que impiden a las mujeres ejercitar sus derechos y obtener acceso igualitario a las oportunidades que se les ofrece.³

En el informe elaborado por la Organización Internacional de Trabajo publicado el 13 de Mayo de 2014⁴ se hacía constar que en Croacia, Grecia, Italia y Portugal se había denunciado el uso de “renuncias en blanco”, una carta de renuncia sin fecha, que las trabajadoras se veían forzadas a firmar al momento de su contratación, y que se utilizaba para dejarlas sin trabajo en caso de embarazo, enfermedad de larga duración o responsabilidades familiares.

Por todo lo anteriormente expuesto es relevante la reforma llevada a cabo mediante el Real Decreto-ley 6/2019 del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores en relación a la aplicación de la nulidad objetiva a la extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empresario durante el período de prueba, todo ello en vías de lograr una efectiva igualdad de oportunidades a nivel laboral entre mujeres y hombres.

¹ STC de 6 de Mayo de 2009.

² Lousada Arachena, J.F, “Estereotipos de género y concepto de discriminación por razón de sexo”. Cuadernos Digitales de Formación, nº 30, 2016. Consejo General del Poder judicial, pág.1. Señala que se refiere al doctrinalmente denominado “dilema de Wollstonecraft” según el cual las mujeres deben escoger entre dos alternativas: o son como los hombres y acceden plenamente a la ciudadanía –asimilacionismo– o continúan en el trabajo doméstico, sin valor para la ciudadanía.

³ Jiménez Hidalgo, A. “Juzgar con Perspectiva de Género en la Jurisdicción de lo Social”. pág.10. Asociación de Mujeres Juezas (AMJE) www.mujeresjuezas.es

⁴ “La maternidad y la paternidad en el trabajo. La legislación y la práctica en el mundo”. Informe de la Organización Internacional del Trabajo publicado el 13 de Mayo de 2014. Resumen. Pág.11. www.ilo.org.

2. Situación legal y jurisprudencial antes de la promulgación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación

Establecía el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores –precepto que regula el período de prueba– en su párrafo segundo que *“Durante el período de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso”*.

Es decir, que durante dicho período el contrato podía ser resuelto a instancia de cualquiera de las partes sin excepción alguna y sin necesidad de preaviso salvo que específicamente así se hubiera establecido.

Por otro lado, el párrafo 4º del artículo 53 del E.T., en relación al despido objetivo, dispone que *“Cuando la decisión extintiva del empresario tuviera como móvil algunas de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley o bien se hubiera producido con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador, la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio”*, disponiendo que será también nulo el despido en los supuestos que enumera, regulando el apartado b) **la nulidad objetiva del despido en caso de las trabajadoras embarazadas**⁵. En idéntico sentido se regula en el apartado b) del párrafo 5º del artículo 55 en relación al despido disciplinario.

La STS de 18 de Abril de 2011, nº rec. 2893/2010, analizó la posibilidad de extender la nulidad del despido de la trabajadora embarazada a la extinción del contrato durante el período de prueba.

La Sala, tras recordar el tratamiento jurisprudencial y constitucional del despido de la mujer durante la gestación, destacando que la tutela se había diseñado en principio exclusivamente para el despido en sentido estricto (disciplinario u objetivo), y analizar la naturaleza jurídica del desistimiento empresarial durante este período, llega a la conclusión de que ambas instituciones presentan diferencias sustanciales –relativas a las formas a las que debe sujetarse el despido, no así el desistimiento, y a las consecuencias de la ilicitud de la extinción– que permiten afirmar que el período de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, por lo que la posibilidad de transponer a dicho período el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica como es el caso, sin que la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (ampliada en la LO 3/2007) haya alcanzado a esta extinción. Concluye la sentencia que no cabe, por

⁵ Será también nula la decisión extintiva en los siguientes supuestos:

...
b) La de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.

tanto, extender el blindaje propio del despido. La sentencia tiene voto particular a favor de la extensión pretendida.

La referida STS fue recurrida en amparo, habiéndose dictado STC 173/2013 de 10 de Octubre, denegando el amparo solicitado por la trabajadora recurrente. Considera el TC que la extinción del contrato durante el periodo de prueba será nula (como cualquier otra decisión extintiva) si se produce con vulneración de derechos fundamentales, como sucederá si la decisión empresarial es una reacción al embarazo de la trabajadora (STC 17/2007, de 12 de febrero). Ello sentado, y aplicando la doctrina constitucional en materia de discriminación por razón de sexo de las trabajadoras embarazadas (por todas, STC 17/2003, de 30 de enero), entiende el Tribunal que en el presente caso no existían indicios de discriminación, pues no ha quedado acreditado que la empresa conociera el embarazo de la trabajadora y que, aunque se hubiera afirmado la existencia de indicios, resulta que en la misma fecha de extinción del contrato de la recurrente se extinguió también por el mismo motivo el contrato de otro trabajador, contratado en idénticas condiciones y fechas, dándose en ambos casos la circunstancia de que no se habían alcanzado los objetivos mínimos fijados en el contrato, lo que excluiría el pretendido móvil discriminatorio de la decisión extintiva.

Ambas resoluciones fueron objetos de votos particulares que por su contenido y por entender que en dichos casos se juzgó con perspectiva de género, serán objeto de análisis en el presente trabajo.

3. STS 18 de Abril de 2011 y voto particular

En la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 18 de Abril de 2011, sentencia que desestimó la demanda instada por una trabajadora que prestaba servicios como comercial y a la que se le comunicó la extinción del contrato de trabajo por no superación del período de prueba, se dictaminó que no cabía extender el blindaje propio del despido al supuesto analizado, de extinción del contrato de trabajo durante el período de prueba.

Realiza la sentencia un análisis de la evolución jurisprudencial y constitucional del despido de la mujer durante la gestación⁶, antes de pronunciarse sobre la posibilidad de

⁶ "A raíz de la Ley 3/1999, de 5 de Noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral, el Estatuto de los Trabajadores incorporó concretas medidas de protección eficaz a favor del principio de igualdad de oportunidades en el empleo de las mujeres. En particular, y ciñéndonos exclusivamente a la extinción del contrato de trabajo de la trabajadora embarazada, se produjo la inclusión de un supuesto de nulidad del despido que venía a añadirse al ya contemplado en el apartado 5 del art.55 ET.

La interpretación del nuevo texto legal llevó en un principio a esta Sala IV a sostener que era preciso que el empresario conociera el embarazo de la trabajadora y que, si tal conocimiento existía, la ley establecía una presunción iuris et de iure de móvil discriminatorio, de suerte que la nulidad sólo estaría excepcionada de acreditarse la procedencia del despido (...). Partía allí la Sala de considerar que el despido de la mujer embarazada constituía un supuesto particular de despido discriminatorio y rechazaba de este modo la tesis de la "nulidad objetiva", que abogaba por aplicar la nulidad prescindiendo del móvil de la decisión extintiva.

Esta postura jurisprudencial fue rectificada en la STS de 17 de Octubre de 2008 - rcud.1957/2007 (...)en la que se aco-gía el criterio de la STC 92/2008, de 21 de Julio. En ésta última el Tribunal Constitucional entró a valorar el alcance del art.55.5 ET para sostener que el legislador optó por un desarrollo del art.14 CE incrementando las garantías al no exigir el

su aplicación al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba, para posteriormente rechazar tal aplicación en base a los siguientes argumentos:

- Que ni la Ley 39/1999, ni la ulterior L.O.3/2007, de Igualdad efectiva de mujeres y hombres –que amplió sustancialmente los supuestos de “nulidad objetiva” de los arts.53.4 y 55.5. E.T. con una misma finalidad–, ni las demás reformas operadas posteriormente en el E.T. han incidido en otras causas de extinción de la relación laboral.
- Que el legislador nacional sólo ha ampliado la protección para los supuestos de despido causal y, por tanto, la extensión a otras causas de extinción habrá de hallar apoyo en la detección de los elementos sobre los que asentar una aplicación analógica como la que permite el artículo 4.1 del Código Civil, la cual procede cuando las normas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie la identidad de razón.

Tras analizar la naturaleza jurídica del desistimiento empresarial durante el período de prueba, llega a la conclusión de que ambas instituciones presentan diferencias sustanciales –relativas a las formas a las que debe sujetarse el despido, no así el desistimiento, y a las consecuencias de la ilicitud de la extinción– que permiten afirmar que el período de prueba supone una excepción al principio de prohibición de libre extinción del contrato para el empresario, por lo que la posibilidad de transponer a dicho período el régimen jurídico del despido queda excluida respecto de aquello en lo que no haya igualdad de razón jurídica como es el caso analizado, sin que la ampliación de supuestos de nulidad del despido que arranca de la Ley 39/1999 (ampliada en la L.O 3/2007) haya alcanzado a esta extinción.

Esta sentencia fue objeto de un voto particular⁷ que se pronunció a favor de la aplicación de la nulidad objetiva fijada para el despido en el caso analizado de extinción de la relación laboral durante el período de prueba, siendo sus argumentos los que seguidamente se relacionan:

- Entienden los Magistrados firmantes del voto particular que el artículo 10.2⁸ de la Directiva 1992/85/CEE del Consejo, de 19 de Octubre de 1992, relativa a la

requisito de la previa notificación del embarazo al empresario por parte de la trabajadora. Rechazando la suficiencia de los criterios interpretativos contrarios –y entendiendo vulnerado por ello el art.24 CE–, concluía así el TC que el legislador ha relevado a la trabajadora embarazada de la prueba del conocimiento de su embarazo por parte de la empresa.

Posteriormente la STC 124/2009, de 18 de Mayo, anuló la STS de 19 de Julio de 2006 (rcud.1452/2005) y reiteró el mismo criterio de la STC 92/2008

⁷ Formulado por el Magistrado Fernando Salinas Molina, Luis Fernando de Castro Fernández, Jordi Agustí Julia, María Luisa Segoviano Astaburuaga, Rosa María Viroles Piñol y Manuel Ramón Alarcón Caracuel.

⁸ “Como garantía para las trabajadoras a que se refiere el art.2 (trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia), del ejercicio de los derechos de protección de su Seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras, a que se refiere el art.2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del art.8 salvo en los casos excepcionales ni inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el art.2,durante el período contemplado en el punto 1, el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras , a que se refiere el art.2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1 “.

aplicación de medidas para promover la mejora de la Seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que ha dado a luz o en período de lactancia, suministra una base interpretativa sólida para deducir que en aquellas legislaciones nacionales de los Estados comunitarios en los que la extinción del contrato de trabajo por despido o destitución o desistimiento empresarial no exija la concurrencia de una causa justa, atribuyendo a la libertad organizativa empresarial la decisión de despedir, destituir o extinguir sin necesidad de motivos justificados, cuando se pretenda despedir, destituir o extinguir el contrato a una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, en todo caso exigirá que el empresario deba *“dar motivos justificados de despido por escrito”* –tal como señala el precepto referido–.

- Y sigue diciendo, que si la Directiva resulta aplicable a los supuestos de extinción que necesiten justa causa, parece claro que también lo debe ser a los supuestos de extinción en período de prueba, tanto si se considera que dicha extinción es causal (por no haber superado la prueba) como si se estima que, en realidad, el empresario puede extinguir libérrimamente (sin justificar la no superación de la prueba) la relación laboral durante el período de prueba.
- Y, en consecuencia, tal como manifiestan, si es aplicable la Directiva comunitaria, es claro que también lo es la normativa nacional de trasposición de la misma, el art.55.b) E.T, en los términos establecidos por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral, y con la modificación posteriormente introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, según el cual será nulo el despido de la trabajadora embarazada desde la fecha de inicio del embarazo, sin que el precepto exija la necesidad de acreditar que el empresario era conocedor de dicha circunstancia.
- Consideran los Magistrados firmantes del voto particular que dicha interpretación es coherente con una difundida doctrina según la cual el “despido” es un concepto genérico equivalente a denuncia unilateral empresarial, que engloba todas las extinciones contractuales que, con uno u otro motivo, se produzcan por decisión del empleador, como es el caso de que éste decida prescindir de los servicios de una trabajadora durante el período de prueba.
- Entienden, por otro lado, que las diversas garantías del derecho a la no discriminación por razón de sexo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, se plasman, en la normativa comunitaria y en la nacional, en múltiples aspectos de la relación de trabajo, no solamente frente al despido, sino también en otros ámbitos como los afectantes a la seguridad, la higiene y la protección de la salud en el lugar de trabajo; lo que obliga a entender, dada su finalidad global protectora de tales situaciones que afectan específicamente a la mujer, que no existe fundamento aunque hipotéticamente no se proclamara expresamente en la normativa aplicable, para efectuar distinciones atendida la naturaleza de la relación de servicios o en base a que para su válida extinción en determinados supuestos se exija o no la concurrencia formal de expresión de causas de diverso carácter.

4. STC de 10 de Octubre de 2013 y voto particular

Recurrida en amparo la referida resolución, se dictó sentencia por el Tribunal Constitucional en fecha 10 de Octubre de 2013 denegando el amparo solicitado, considerando asimismo improcedente la aplicación de la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo al desistimiento empresarial durante el período de prueba.

La demandante de amparo planteaba la cuestión de determinar si resultaba contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, la interpretación y aplicación de la ley efectuada por los órganos judiciales en el caso considerado, que habían rechazado la pretensión de la recurrente de extender la regla sobre la nulidad automática del despido en caso de embarazo establecida por el art.55.5.b) E.T. tras la reforma introducida por la Ley 39/1999, al supuesto de desistimiento empresarial durante el período de prueba, considerando las Sentencias impugnadas que para declarar nula la extinción del contrato de una trabajadora embarazada durante el período de prueba es precisa la acreditación del carácter discriminatorio de la decisión extintiva.

Argumentaba el Tribunal Constitucional que la Sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo consideraba que el problema planteado debía ser abordado desde la óptica de la protección frente a la decisión extintiva derivada del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo (art.14CE), sin que resultara aplicable al desistimiento empresarial durante el período de prueba la regla sobre la nulidad objetiva del despido en caso de embarazo establecida por el art.55.5 b) E.T., dada la distinta naturaleza jurídica de las instituciones del despido y de la extinción del contrato en el período de prueba.

Que el legislador sólo ha ampliado la protección de la trabajadora embarazada, tras la Ley 39/1999 para los supuestos de despido causal, por lo que la extensión de esa protección prevista en el art.55.5 b) ET a otras causas extintivas por vía analógica (art.4.1 del Código Civil), sólo sería posible si existiese una identidad de razón esencial entre el despido causal y esas otras causas de extinción del contrato de trabajo. Entienden que las diferencias entre el desistimiento empresarial durante el período de prueba y el despido son sustanciales de tal modo que no puede aplicarse la vía analogia. Así mientras que en el despido la ley exige requisitos de forma, el desistimiento empresarial durante el período de prueba no queda sujeto a formalidad alguna. De este modo entiende el Tribunal Supremo que más allá del supuesto de la decisión extintiva con vulneración de derechos fundamentales que acarrea la declaración de nulidad tanto si se trata de despido como de desistimiento empresarial en período de prueba, aplicándose en este caso las reglas de distribución de la carga probatoria en los mismos términos previstos para el despido nulo, no cabe extender por analogía la protección dispensada para el despido en el art.55.5 b) ET.

Considera el TC que los razonamientos del TS satisfacen plenamente las exigencias del canon de razonabilidad y motivación reforzadas del derecho fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva (art.24.1CE) que impone la afectación del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art.14 CE).

Es de destacar el voto particular emitido por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré⁹ que señala que las premisas de toda vulneración del art. 14 CE son las dos siguientes:

- la concurrencia del factor protegido (el embarazo como realidad biológica enlazada al género)
- la existencia de un perjuicio asociado (la extinción del contrato de trabajo).

Por otro lado, indica que pese a la diferente naturaleza existente entre el despido causal y el desistimiento empresarial durante el período de prueba, una y otra premisa concurren en ambas modalidades extintivas. Los factores justificativos de una tutela antidiscriminatoria se dan por igual en las extinciones causales y en las no causales, existiendo pues tanto un equivalente imperativo de protección como una identidad de factor protegido en presencia.

Objeta a la Sentencia de la mayoría que asigna una menor protección a la embarazada en período de prueba, minusvalorando la vigencia de los derechos fundamentales precisamente en los escenarios contractuales de mayor precariedad laboral –en el período de prueba frente al régimen extintiva ordinario del contrato de trabajo–.

Por último manifiesta que propuso un *overruling*¹⁰ dirigido a enunciar una protección integral del embarazo frente a la extinción del contrato de trabajo, pretendiendo juzgar, a mi entender, en ese caso con perspectiva de género, disponiendo que “*es verdad que, como dejó escrito la STC 182/2005, de 4 de julio, el art.14 CE no consagra la promoción de la maternidad o de la natalidad; pero no es menos verdad que sí excluye, como también recordaba ese pronunciamiento, toda distinción o trato peyorativo a la mujer en la relación laboral fundado en dichas circunstancias. Las determinaciones normativas, los actos empresariales o las interpretaciones que diferencien la tutela antidiscriminatoria entre situaciones que precisen, por razón de embarazo, la misma protección, serán, en suma, contrarias al art.14 CE por imperativo constitucional. Sólo así se asegura el contenido esencial del derecho en la máxima irradiación que exige una norma de sistema, como es la interdicción de discriminación, cuyos presupuestos conceptuales se entrelazan de manera inescindible con la noción de igualdad substancial, al responder a un propósito de reequilibrio y superación en nuestro Estado social de Derecho de ciertos tratamientos peyorativos que sufren grupos o colectivos en razón de un elemento que los caracteriza, y cuya vulneración atenta contra los valores de la dignidad de la persona y de los derechos inviolables que le son inherentes (art.10CE).*”

⁹ Voto particular al que de adhirieron la Magistrada Adela Asua Batarrita y los Magistrados Luis Ignacio Ortega Alvarez y Juan Antonio Xiol Ríos

¹⁰ El artículo 13 de la Ley 2/1979, del Tribunal Constitucional, dispone que “*Cuando una Sala considere necesario apartarse en cualquier punto de la doctrina constitucional precedente sentada por el Tribunal, la cuestión se someterá a la decisión del Pleno*”. El precepto, que viene a acoger la técnica del *overruling*, contempla el hecho de que una Sala considere necesario apartarse en cualquier aspecto de la jurisprudencia o doctrina constitucional fijada bien por la otra Sala, bien por el propio Tribunal en Pleno. “Los *overrulings* de la jurisprudencia constitucional”. Fernández Segado, Francisco. Revista de ciencias jurídicas y sociales. Nº 3. 2006. Pág.28

5. Reforma del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores por el R.D-Ley 6/2019

El *overruling* al que se hacía alusión en la mencionada resolución se ha plasmado legalmente en el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, Real Decreto-ley que ha sido convalidado en la sesión de la Diputación Permanente de 3 de Abril de 2019¹¹, habiéndose referido la Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad a que se trata de “*armonizar y hacer compatible la maternidad con la consideración de ciudadanas y de trabajadoras de las mujeres de este país, particularmente de las más jóvenes*”

En el apartado cinco del artículo 2 del referido Real Decreto-ley, –precepto que reforma artículos del Estatuto de los Trabajadores– que se modifican los apartados 2 y 3 del artículo 14, disponiendo el párrafo segundo del apartado 2 que es el que se refiere a la materia que nos ocupa que “*La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, o maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o maternidad*”.

Ya en la Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 7 de Septiembre de 2018, nº 306-1, en la Exposición de Motivos se indicaba que como consecuencia de ciertos pronunciamientos judiciales, se introducía expresamente en el artículo 14 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, una previsión específica protectora de la mujer embarazada o que haya dado a luz durante el período de prueba, regulando el artículo 17 las garantías en el período de prueba, disponiendo el apartado primero que “*1. Será nula y sin efecto la resolución del contrato de trabajo durante el período de prueba de las trabajadoras por razón de embarazo, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión a que se refiere el artículo 48.4, y maternidad, salvo que concurran motivos no relacionados con el embarazo o la maternidad*”.

Es de destacar la expresión que utiliza el precepto, que establece que “*La resolución a instancia empresarial será nula en el caso de las trabajadoras por razón de embarazo*” –a diferencia de la empleada en los artículos 53 y 55 en relación a la nulidad objetiva del despido objetivo y del despido disciplinario de las trabajadoras embarazadas, respectivamente, que hacen alusión, ambos preceptos, a la nulidad del despido de las “*trabajadoras*

¹¹ Consta en el Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, en la sesión de la Diputación Permanente nº 9 celebrada el miércoles 3 de Abril de 2019, la convalidación del Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación. Sometido a votación se aprobó por 40 votos a favor y 25 en contra; sometida a votación su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, se rechazó por 12 votos a favor y 53 en contra. La Vicepresidenta del Gobierno y Ministra de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad (Calvo Poyato) en la sesión para la convalidación del mismo manifestó que “...el referido Real Decreto tiene mucho que ver con alguna meta que en el futuro podamos alcanzar, y es que nuestra Constitución, en una posible reforma, comprenda un principio rotundo de igualdad entre hombres y mujeres, como lo tienen la Constitución alemana, la francesa, la italiana o tantas otras que en el contexto de la Unión Europea han ido haciendo modificaciones constitucionales para obligar estrictamente al principio de igualdad de derechos entre hombres y mujeres”. Cabe destacar que pese a la relevancia de la reforma del artículo 14 del E.T., no se hizo ninguna referencia a la misma ni en la intervención de la Vicepresidenta del Gobierno ni en las intervenciones de los diferentes grupos parlamentarios.

embarazadas" – considerando que habría sido más acertado la utilización de esta última expresión, a efectos de no ocasionar duda alguna sobre la finalidad de la reforma que no es otra que establecer la nulidad objetiva de la extinción del contrato de trabajo por desistimiento del empresario durante el período de prueba en el caso de que se trate de una trabajadora embarazada, no siendo necesario alegar circunstancias concretas en las que fundamentar la existencia de un presumible trato discriminatorio como se requería con antelación a la modificación del precepto llevado a cabo por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de Marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

6. Conclusiones

Ya vaticinó el Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia Fernando Lousada Arochena¹² la "futura defunción" de la doctrina constitucional, al marcar la perspectiva de género el signo de nuestros tiempos, señalando que la fuerza expansiva de la igualdad como aspecto derivado de su dimensión objetiva o institucional para mejorar los derechos subjetivos de las personas a la igualdad de sexos, debiera conducir a una reconfiguración del contenido esencial de la prohibición por discriminación del artículo 14 de la CE, entendida en una clave de género. En caso contrario, muchas mujeres y sus familias sufrirán perjuicios, y más aún en la medida en que determinadas nuevas modalidades de contratación laboral introducidas en las últimas reformas admiten períodos de prueba de un año.¹³ Estos períodos de prueba tan dilatados en el tiempo hacen decaer lo que es la finalidad del período de prueba –posibilitar el conocimiento recíproco entre las partes del contrato, de manera que el empresario pueda valorar las aptitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual¹⁴– por lo que es un argumento más a favor de la extensión de la aplicación de la nulidad objetiva a las extinciones de contrato por desistimiento del empresario realizadas durante el período de prueba a la trabajadora embarazada, dado que pierde fuerza la distinción entre la naturaleza de una y figura jurídica y otra –desistimiento del empresario durante el período de prueba y despido–.

Por todo lo anteriormente expuesto cabe destacar la relevancia de la reforma operada en el artículo 14 del E.T. por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de Marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, entendiendo plenamente aplicable la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre el carácter automático de la declaración de nulidad en el supuesto de que el despido –en este caso, la extinción del contrato por desis-

¹² GALLEGU MOYA, FERMÍN. "El período de prueba en el Contrato de Trabajo". Problemas actuales a la luz de la jurisprudencia y de los convenios colectivos. Editorial Aranzadi S.A. 2016. Pág.406

¹³ Lousada Arochena, José Fernando, Magistrado Especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. "Prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas y período de prueba". Revista de Derecho Social nº 63, 2013. Pág.154

¹⁴ STS de 12 de Noviembre de 2007, nº rec.4341/2006

timiento del empresario durante el período de prueba- de la trabajadora se produzca estando la misma embarazada, aunque el empleador no tenga conocimiento del embarazo, porque el precepto legal es configurador de una nulidad objetiva, que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación.

La necesaria construcción de una democracia paritaria para el Derecho Privado: la igualdad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas

The necessary construction of a parity democracy for Private Law: gender equality in the management boards of listed companies

SERGIO MARTÍN GUARDADO*

*Personal Investigador en Formación
Departamento de Derecho Público General. Área de
Derecho Constitucional. Universidad de Salamanca
ORCID: 0000-0003-0116-5301*

Recibido: 03/12/2019

Aceptado: 08/04/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5391>

Resumen. El trabajo que se presenta trata de buscar argumentos en favor de extender la democracia paritaria, concepto surgido del Derecho Público, al ámbito social y económico. Sólo la equiparación igualitaria entre mujeres y hombres puede superar la vulneración de derechos humanos a que se está sometiendo a la mitad mayoritaria de la población y, lograr así, el aprovechamiento máximo de los conocimientos y aptitudes de la sociedad. Así pues, la idea es superar la infrarrepresentación femenina en los consejos de administración de las sociedades cotizadas, vinculando el papel de estas y su actuación en los mercados en relación con la toma de decisiones en el poder político, cada vez más sometidas directa o indirectamente al poder de los mercados. El desarrollo del Estado Social y Democrático de Derecho, más allá de lo público, puede materializar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, adoptando una concreta medida de acción positiva: sistema de cuotas. En definitiva, se presenta una justificación constitucional para la necesaria adopción de dichas políticas, formulando una democracia paritaria para el Derecho Privado y una revisión normativa a modo de *lege ferenda*.

Palabras clave: democracia paritaria, sociedades cotizadas, igualdad efectiva, cuotas, consejo de administración.

Abstract. The paper that is presented tries to find arguments in favor of the possibility of extending the parity democracy, a concept that emerged from Public Law, to the social and economic field. Only material equal equality between women and men can overcome the violation of human rights to which they are submitting to the majority of the population and, thus, consider the maximum use of the knowledge and skills of society. Then, the idea is to overcome female underrepresentation in the boards of directors of listed companies, linking their role and their performance in the markets in relation to decision-making in political power, more

* martinguardado@usal.es

and more directly or indirectly submitted To the power of the markets. The development of the Social and Democratic State of Law, beyond the public, can materialize effective equality between women and men, adopting a concrete measure of positive action: quota system. In short, a constitutional justification for the necessary adoption of these policies is presented, formulating a paritary democracy for Private Law and a normative revision as a *lege ferenda*.

Keywords: paritary democracy, listed companies, material equality, quotes, management boards.

1. Introducción

La democracia paritaria, desde sus orígenes, ha sido un concepto tradicionalmente ligado al ámbito del Derecho Público. La idea que inspira la formulación del concepto no es otra que partir de la consideración de las mujeres no como un colectivo minoritario sometido a discriminación, sino como la mitad mayoritaria de la población que, al ser discriminada, determina la exclusión de la mitad de las inteligencias y capacidades potenciales de la humanidad (Sevilla Merino, 2003, p. 28). Su originaria formulación iba encaminada a posibilitar que las mujeres fueran titulares de un derecho fundamental de sufragio pasivo más allá del sufragio meramente activo, esto a partir de que las pretensiones del feminismo más significativo de la era contemporánea (el movimiento sufragista) encontraron una respuesta a las mismas, al reconocerse en muchos países el sufragio universal (Nuño Gómez, 2009). Y, por tanto, desde el origen, la democracia paritaria tiene una vinculación más estrecha con el principio de igualdad material que con el principio de no discriminación (Ventura Franch y García Campá, 2018, p. 56)¹. La igualdad formal reconocida como derecho fundamental (art. 14 CE) debe alcanzar su plenitud y, la manera no es otra, que desarrollar políticas públicas que, en la práctica, instauren una sociedad más igualitaria, más democrática y, por tanto, más justa. Y, político pero también en el social y económico, desechar discriminaciones fundadas en el sexo o el género. La igualdad y la justicia social irrenunciables en el Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 CE): no hay democracia sin igualdad y no hay democracia sin igualdad entre mujeres y hombres.

Tanto la Organización de Naciones Unidas como la Unión Europea han experimentado una larga trayectoria en la producción de declaraciones y normas orientadas a lograr una participación equilibrada en los ámbitos de poder político y decisión pública. Es precisamente la Declaración de Atenas de 1992 (en el marco de una cumbre europea que adoptó la expresión “Mujeres en el Poder”) la que expresa, por primera vez, el contenido necesario para apuntar una teoría de democracia paritaria. A nivel internacional, el interés por la democracia paritaria desemboca en la Declaración de Beijing de 1995 (IV Conferencia Mundial sobre la Mujer), también referida a los ámbitos de poder público. El concepto, se concretará después, en la idea de que la democracia plena y en igualdad

¹ Realmente, “el derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres es a la teoría jurídica lo que la democracia paritaria es a la teoría política”, en tanto que el principio de igualdad material supone la búsqueda de la equiparación entre mujeres y hombres en la sociedad y el principio de no discriminación corrige situaciones concretas de subyugación por razón de sexo o género.

entre mujeres y hombres sólo es posible a través de la consecución de una composición y representación equilibrada entre los sexos. Esto es, a través de una distribución equitativa del poder en los ámbitos de decisión política.

La formulación de la democracia paritaria supuso, a su vez, una reformulación a las primeras Declaraciones de Derechos², para incluir a las mujeres en el contrato social y, por tanto, reformular el pacto político inspirador de las sociedades democráticas (García de Enterría, 1981, p. 46)³. Para ello era imprescindible superar la subyugación estructural de las mujeres, adoptar una perspectiva de género, potenciando el desarrollo de una mayor libertad e igualdad femenina con vistas en la consecución de satisfacer la autonomía de las mujeres, directa e indirectamente (Balaguer Callejón, 2005).

La democracia paritaria responde así a un perfeccionamiento idílico de las democracias liberales, cada vez más real, y posibilitada a través de la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho y el principio de igualdad material (arts. 1.1 y 9.2 CE). Así, la democracia paritaria, se plasma en una proyección de la universalidad de la ciudadanía en el poder del Estado (Morales, 2015, p. 306)⁴. Pero, ¿realmente puede hablarse de ciudadanía universal sin extender los postulados de la democracia paritaria al ámbito de las esferas de poder económico y social? La distinción histórica del desempeño de papeles propios de hombres o de mujeres, articulado en torno a los condicionantes sexo y género⁵ (división social del trabajo) supone un reto no superado por los Estados democráticos, ya que las mujeres no han sido un sujeto pleno de derecho en el sistema político, pero, especialmente, aún no se las tiene en cuenta en el terreno social y económico (Esquembre Cerdá, 2018). Es por ello que no puede hablarse de una plena democracia en términos de paridad, en tanto no se supere la exclusión de las mujeres de los ámbitos de toma de decisiones y poder en el espacio privado. Y, este, es un reto que debe afrontarse desde una óptica transversal, extendiendo la igualdad hacia todas las esferas de la sociedad para hacerla realmente efectiva y no parcelada únicamente en torno a lo público.

Debe partirse de las ideas que conforman la Recomendación nº 25 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), referente a medidas especiales de carácter temporal para acabar con la discriminación que sufren las mujeres. Es decir, la democracia paritaria no puede lograrse de forma plena y transversal sin la adopción de acciones positivas de gran calado. Solo así el Estado Social y Democrático de Derecho podrá superar la cuestión social del siglo XXI: la desigualdad entre mujeres y hombres en el ámbito social y económico (Lousada Arochena, 2004, p. 41).

El mundo económico y, especialmente, las empresas cotizadas como expresión máxima del poder económico, condicionan de forma opaca las decisiones del poder público

² Dictadas atendiendo a un destinatario concreto: el sujeto masculino, propietario y blanco. Todos sus derechos se proclamaron sobre dicha base y, es por ello, que ello inspiró, hasta nuestros días, la totalidad del ordenamiento jurídico.

³ Se trae a colación el significado de la Constitución como decisión del pueblo, por ende, un contrato social. Este pacto social establece derechos y libertades fundamentales que constituyen un sistema preceptivo que emana directamente de la soberanía popular.

⁴ La participación política real requiere un estándar no excluyente para poder hablar de una "ciudadanía democrática efectiva".

⁵ Como móviles de discriminación previstos en el art. 14 CE, dónde el género, un condicionante más cultural que biológico, entraría dentro de la cláusula de cierre: cualquier otra circunstancia personal o social.

que perciben como contrarias a sus intereses o a los de los mercados. La infrarrepresentación femenina en dichas cotas de poder, indirectamente, condicionaría así el papel que debiera tomar el Estado en la implantación real de la igualdad entre mujeres y hombres en este ámbito concreto. Un reflejo de todo ello es la frustración de las propuestas en torno a lograr una composición equilibrada en los consejos de administración de las sociedades cotizadas. En nuestro país, finalmente, se optó por adoptar disposiciones no vinculantes (*soft law*) que no han traído consigo un cambio de la realidad en la cúspide de las sociedades cotizadas (Senent Vidal, 2018).

Parece que aquellas normas tenían más el fin de apoyar la responsabilidad social corporativa que paliar, realmente, la infrarrepresentación de la mujer en esos ámbitos del poder privado. Por ello, hay que llegar a la construcción de una nueva tesis de democracia paritaria en el ámbito social y económico, más allá de lo eminentemente político (Hesse, 1995)⁶. Solo así se logrará una eficacia material de las previsiones de la Constitución y, en concreto, de la igualdad entre mujeres y hombres como elemento del principio democrático que inspira el Estado Social de Derecho. En concreto, debe abrirse paso a la posibilidad de que las mujeres vayan ganando relevancia en los lugares de decisión privada.

El fomento de la diversidad de género en los consejos de administración repercute tanto de forma externa como interna a las sociedades cotizadas, en tanto que puede, no solo contribuir a conformar una imagen responsable de las corporaciones ante la sociedad, sino también combatir la estructura patriarcal de las empresas y del sistema bancario privado. Dada la resistencia del poder privado ante la incorporación de mujeres en sus esferas, ¿por qué no ir pensando en las cuotas como vía para combatir una desigualdad estructural? Solo con la mejora en la tutela de acceso y mantenimiento de la mujer en el empleo y avanzando hacia una corresponsabilidad en torno a los cuidados, ¿puede lograrse una plena igualdad de género en la sociedad? Inexorablemente, además, han de combatirse los estereotipos de género y la socialización histórica y desigualitaria en las empresas desde arriba. Desde luego, sin negar la necesidad de respuestas legislativas en relación a las vicisitudes que plantean la maternidad, la dependencia u otras necesidades de conciliar la vida familiar y personal con la profesional.

Por ello, se propone una tesis de democracia paritaria para el Derecho Privado partiendo de la inspiración de la Teoría del Estado y, en concreto, del poder público (Bingham, 2018)⁷, para la búsqueda de similitudes conceptuales con el poder privado. Se pretende así dar una fundamentación constitucional a la misma, para posteriormente, desde esa óptica reformular el régimen jurídico vigente en nuestro país en torno a la composición

⁶ En tanto que la relación del Derecho Constitucional y el Derecho Privado debe entenderse como una primacía del primero (art. 9.1 CE) y, así, puede afirmarse que la Constitución supone una guía para las directrices e impulsos que haya de tomar el segundo. Sobre todo, en lo que concierne al derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres, ya que es una expresión concreta de un orden objetivo de valores que debe estar presente no solo en la vida estatal sino en toda la vida jurídica.

⁷ Al igual que los ministros y demás funcionarios deben ejercer de buena fe las facultades conferidas por la ley, en tanto decisión expresada por voluntad general de los ciudadanos, los miembros del consejo de administración también, en tanto que los poderes a ellos conferidos son determinados por la voluntad social. En ningún caso, los miembros del consejo de administración pueden extralimitarse de las facultades conferidas en los estatutos, cfr. arts 23 y 245.1 LSC, representando los estatutos el papel de la ley como decisión de la voluntad social.

equilibrada de los consejos de administración de las sociedades cotizadas, que debe optar por incorporar un carácter obligacional cuyo incumplimiento conlleve sanciones, dejando de lado las meras recomendaciones.

2. La justificación constitucional de extender la Democracia paritaria al Derecho Privado

La proclamación de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico no solo supone que esta, junto a la libertad, la justicia y el pluralismo político, forme parte de una mera declaración de intenciones del Constituyente, sino que, la igualdad, elevada así a la máxima categoría de norma con rango constitucional incardina y orienta el ordenamiento jurídico por completo (Peces Barba, 1984). Los valores constitucionales juegan un papel que subyace a la producción del Derecho por parte del legislador ordinario, ya que el sistema axiológico-constitucional no solo recorre la Constitución y sirve de interpretación a la misma, sino que marca la meta del derecho positivo: el cumplimiento de los valores superiores a través de la realización efectiva del Estado Social y Democrático de Derecho; a través de los derechos fundamentales. Suponen, así, un parámetro interpretativo del sistema normativo al completo (Robles Morchón, 1992, p. 33)⁸.

El Constituyente fue consciente de la relevancia de la igualdad en tanto objetivo a conseguir pro futuro, ya que, al proclamarlo, es consciente de la inexistencia de una igualdad plena y efectiva en la sociedad (de ahí, el mandato promocional del art. 9.2 CE); de tal forma que marca, recíprocamente, el final de un camino (Rodrigues Canotilho, 2017, p. 46): la remoción de las desigualdades sociales y, por tanto, la realización idílica de la cláusula del Estado Social (art. 1.1 CE)⁹. En este marco, la plena consecución de la libertad y de la igualdad suponen una exigencia de justicia social y, por ende, no pueden entenderse una sin la otra; tampoco puede comprenderse el reconocimiento de la igualdad (formal) como derecho (art. 14 CE), sin el poder equilibrador de los poderes públicos (art. 9.2 CE).

El que nos proponemos enfrentar ahora no es un problema ajeno al nacimiento del Estado Liberal, donde el reconocimiento de la libertad y de la igualdad (formal) llevarán necesario reconocimiento de la propiedad privada como derecho fundamental y cuestión esencial en el desarrollo de los derechos y libertades pretendidas por la burguesía, aunque con un eminentemente carácter individualista. Sin embargo, el Estado Social proclama la libertad y la igualdad (formal y material) con una proyección social (Parejo Alfonso, 1990, p. 125), que guarda una proximidad conceptual al conectarse con el nacimiento mismo de las sociedades mercantiles o de capital y, posteriormente, las cotizadas como tipología

⁸ Carecería de sentido interpretar o fundamentar los derechos humanos, en concreto, la igualdad entre mujeres y hombres, sin partir de la base de unos deberes morales articulados en torno a los valores superiores del ordenamiento. Esto es, en conexión con estos últimos para dar una coherencia al sistema axiológico-constitucional buscando una coherencia interpretativa.

⁹ “La igualdad es un valor protegido por sí mismo”, una finalidad a concretar y hacer realidad por parte de los poderes públicos, pero no es el punto de partida: “la igualdad es un fin, no un medio, y alcanzarla es una de las tareas fundamentales del Estado”.

concreta de aquellas en tanto perspectiva social de la libertad de comercio. Es inherente a estas entidades su vinculación con la libertad de empresa (art. 38 CE), pero no olvidando su conexión preferente con el derecho fundamental de asociación (art. 22 CE).

Es en la etapa en que aparecen las sociedades mercantiles o de capital (o sus primeros gérmenes) cuando se produce una reformulación de las pretensiones burguesas que inspiran el Estado Liberal, sin llegar a la etapa del Estado Social, para inspirar una visión colectivizada de la libertad de comercio, desde una óptica empresarial. Así, ejercitando conjuntamente ambos derechos, se emprendió el camino hacia una nueva democracia liberal en que la asociación de muchas libertades de comercio se aunará en una gran libertad de empresa, conjunta, ejercida por un ente conformado por la coexistencia de propietarios más pequeños concurrentes en torno al mismo. Esto es, una ficción jurídica que tendrá personalidad propia y podrá competir con otros propietarios individuales, pero más fuertes que aquellos que se han reunido para acabar con las oligarquías monopolísticas de la época e instaurar así un mercado en el que haya más posibilidades de competencia y, por tanto, que sea más democrático. Es así que el nacimiento mismo de las sociedades mercantiles tiene una inspiración eminentemente democrática y presidida por el principio de igualdad que inspira el Estado Liberal de Derecho.

Ese carácter democrático, sin embargo, predomina con carácter externo a las nuevas instituciones que han surgido. No importaba sino la democracia *ad extra*, en el mercado y en aras de mejorar las condiciones de competencia, rompiendo de barreras de entrada al mismo: más libertad que igualdad; no obstante, permitiendo un ejercicio de la libertad de empresa en igualdad de condiciones en sede del mercado, evidencia de que la libertad no puede entenderse sin la igualdad (Aragón Reyes, 1995, p. 20)¹⁰. Sin embargo, el principio democrático que inspira el Estado Social y Democrático de Derecho exige también una nueva visión jurídico-constitucional sobre las sociedades mercantiles: la búsqueda de los valores democráticos no solo en el mercado sino también en la esfera interna de las mismas. Esa visión *ad intra* tiene que ver con el carácter democrático que debe inspirar cualquier estructura corporativizada, pues la fundamentación constitucional e inspiración dogmática de las sociedades mercantiles descansa sobre el reconocimiento constitucional de la libertad de asociación como derecho fundamental más próximo al hito histórico que significaron estas, más allá de la propia libertad de empresa, ya que esta será ejercida por parte de estructuras corporativas, dejando atrás las individuales libertades de comercio (Galgano, 1981)¹¹.

La estructura social de la empresa, articulada a través del Derecho de Sociedades hace que lo individual (libertad de empresa) devenga en una estructura social compleja (derecho de asociación) que subyace a su funcionamiento y al ejercicio mismo de la propia libertad de empresa (Pérez Escalona, 2007, p. 406). Desde un punto de vista no estático sino dinámico lo relevante para el ejercicio de la libertad de empresa a través de una socie-

¹⁰ Partiendo de la base de que el contenido esencial de un derecho no puede identificarse con un derecho o libertad ilimitada, el contenido esencial de la libertad de empresa debe situarse no en la libertad sino en la igualdad, al menos en el ejercicio de esa libertad. Igualdad sería el aspecto objetivo (libertad de competencia en los mercados en igualdad de condiciones, por ejemplo) y la libertad el aspecto subjetivo (libertad de acceso, mantenimiento y cesación).

¹¹ "El gran capital, que hasta entonces era comercial, se transforma en capital industrial".

dad mercantil es la conjunción de personas que se asocian con el interés de llevar a cabo un fin común, más allá de la propiedad de los medios productivos o la limitación de los riesgos que se asumen en el mercado (Rey Martínez, 1994, p. 328)¹². Es decir, lo relevante, a mi juicio, no viene dado por el fin lucrativo en tanto objetivo común de los socios sino la comparecencia de dos o más personas que concurren en el contrato de sociedad, que no es un mero negocio jurídico bilateral. Así, surge una persona moral encaminada al cumplimiento de unos fines, normalmente lucrativos, pero lo relevante no es la empresa como tarea a ejecutar sino como organización constituida en torno a una unidad jurídica corporativizada: la sociedad; lo que plantea un cambio en la titularidad y el ejercicio de la libertad de empresa no unilateralmente, sino en virtud de los acuerdos sociales (Tomillo Urbina, 2013)¹³.

Además, la organización jurídico-corporativa de la sociedad se asemeja conceptualmente a la organización jurídico-política e institucional de un Estado de Derecho. Aunque no de forma idéntica, conceptos propios de la Teoría del Estado como lo es el pacto social que inspira toda Norma Fundamental (Sørensen, 2010)¹⁴, la soberanía o la separación de poderes pueden extenderse de forma teórica y con carácter epistemológico al funcionamiento y relación de los órganos societarios y a la sociedad propiamente dicha, haciendo un cierto paralelismo comparativo con el Derecho de Sociedades.

- 1) El contrato de sociedad es la base de la sociedad mercantil, supone la concurrencia de personas físicas o jurídicas que, a través de dicho vínculo negocial, deciden colaborar con carácter permanente y estable en el tiempo para la realización de un fin que entienden como propio, colectivo y, por tanto, común. Ese fin, que desde el origen más remoto de los tiempos es el ánimo de lucro, si bien elemental, es secundario en relación a la agrupación voluntaria de personas en torno a un interés común a realizar, independientemente de la naturaleza de ese propósito colectivo articulado en torno a la sociedad y regido por esta (Ibañez Jiménez, 2013)¹⁵. No puede considerarse como un contrato *strictu sensu*, ya que no hablamos de un negocio jurídico bilateral, sino que es un acuerdo colectivo sin existir una confrontación de intereses entre los socios (al menos en el origen); más bien, al contrario, puede hablarse de intereses compartidos. Supone pues,

¹² La propiedad privada representa como derecho subjetivo la apropiación de bienes patrimoniales, sin embargo, la libertad de empresa es un “momento dinámico” de aquella, pues supone destinar esos bienes al desarrollo de una actividad de distribución de bienes o la prestación de un servicio. Combinar propiedad y libertad de empresa, a través del Derecho de Sociedades, supone que “se puede ser empresario sin ser propietario”.

¹³ En suma, la insuficiencia de medios económicos por si solo o la imposibilidad de asumir grandes riesgos para emprender negocios de entidad mayor, obliga al empresario individual a asociarse con otras personas: surgen los “empresarios sociales” o sociedades mercantiles.

¹⁴ Ciertamente, una sociedad de capital se caracteriza por la existencia de relaciones de todos los socios (“comunidad”) en torno a un ente en torno al que hacen “grupo”, intereses comunes, más allá de meros derechos y obligaciones. Aunque, ciertamente, ese interés común o general sea ganar dinero y no gestionar la empresa, de forma directa. En torno al Estado también se estructura una “comunidad” de ciudadanos y de “sentimiento”, entendida como grupo común de intereses, más allá de las relaciones de los ciudadanos con el Estado y entre sí. Esto es, más allá de los derechos y deberes fundamentales hay un sentimiento político común e identitario.

¹⁵ No es la sociedad la interesada en enriquecerse sino los socios. Por eso, “la sociedad expresa tanto en su plano externo como interno, expresa, en fin, el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido”, el de asociación de los socios que la constituirán para llevar a cabo los fines económicos de una actividad común.

desde una visión dogmática, la materialización de un acuerdo o pacto social que deja de tener relevancia una vez la sociedad nace, el contrato de sociedad no sufrirá modificaciones, sino que serán los estatutos sociales, en tanto norma básica de este nuevo ente creado, los que serán revisados para adaptarse a las nuevas exigencias del mercado y de la propia sociedad mercantil, de acuerdo con sus previsiones y las de la ley. Por consiguiente, puede desaparecer el fin último de la sociedad, puede modificarse su objeto social y, por tanto, su industria a llevar a cabo, e incluso desaparecer, pero no el momento determinante en que se produce la concurrencia de una serie de personas naturales coordinadas en torno a la creación de un ente autónomo, con personalidad jurídica propia.

- 2) Los estatutos sociales supondrán la norma básica y fundamental de la sociedad mercantil constituida, la expresión última del pacto social y, por tanto, el régimen normativo que regirá la vida social, más allá de lo que, de forma imperativa, han predeterminado la Constitución y las leyes; en tanto límites a la autonomía de la voluntad de los socios (por ejemplo, los principios configuradores de un tipo societario u otro). Si bien las leyes disponen con carácter general una serie de elementos que los estatutos sociales deben contemplar, se deja cierto margen de maniobra al acuerdo colectivo de los socios, a la vez que se imponen límites. Por consiguiente, la denominación social, su objeto, domicilio, capital social o la posición jurídica individual de los socios en relación con aquel (principio plutarocrático), el régimen de adopción de acuerdos y la composición y funcionamiento de los órganos sociales, son una previsión genérica a contemplar *ex lege* en los estatutos, además de otras menciones que, por decisión de los socios, se harán constar en la norma estatutaria. En definitiva, lo más significativo es el papel que juegan los estatutos sociales, más allá de sus concretas previsiones: la regulación básica y fundamental de una entidad corporativa (García Cruces, 2016, p. 141)¹⁶, cuyo devenir queda ligado a sus previsiones en relación a la adopción de los acuerdos sociales (soberanía societaria) o la competencia de los órganos societarios (separación de poderes en el seno de la organización).

Los estatutos, como resultado de un pacto social, expresan así un contenido que permite realizar una analogía explicativa poniendo la sociedad y sus órganos en relación con el sistema organizativo-institucional de una constitución política. Al igual que un individuo al adquirir la condición de nacionalidad y, por tanto, de ciudadanía, puede ser sujeto de derechos y obligaciones en un Estado, las personas que adquieran participaciones y acciones adquieren la condición de socio y, por tanto, pasan a ser sujetos de derechos y obligaciones en relación con la sociedad constituida. Es decir, la adquisición de la condición de socio supone la participación de un individuo en un pacto social que devendrá en la creación de una organización concreta en la que tendrá derechos y obligaciones para con los socios y la sociedad: una ciudadanía societaria *ad intra*.

¹⁶ Los estatutos sociales expresan la regulación que los socios acuerdan para la "vida social".

- 3) La soberanía de la sociedad y, por tanto, el poder originario de la organización recae en la concurrencia de los socios que, al igual que en la creación del pacto societario (articulado a través del contrato de sociedad), deberán decidir sobre las cuestiones más relevantes para la sociedad, cuando así lo exige la ley y los estatutos sociales. Lo cual debe entenderse sin perjuicio de que la lógica económica nos haga conectar con que no existe una igualdad plena entre los socios, sino que su relevancia en la toma de decisiones viene predeterminada por un principio plutocrático que nos indica que el poder de decisión del socio, individualmente considerado, viene predisposto por su aportación dineraria o de otro tipo en el capital social. En un sentido restringido, realmente la ciudadanía societaria viene predeterminada por las acciones y participaciones, de tal forma que son las aportaciones individuales las que otorgan un grado de poder en la toma de decisiones societarias u otro, representada por el capital social desembolsado por todos los socios. Y este condicionante, a pesar de dotar de relevancia al interés o ánimo de lucro, lo que hace es correlacionar el juego de la democracia y, por tanto, la libertad en el seno de las compañías en relación con la realidad económico-patrimonial que representa la sociedad y su actuación en los mercados. Sin que pueda negarse su carácter democrático, lo que el principio plutocrático rige es la adopción de acuerdos, predeterminando el valor del voto de cada socio en función de las aportaciones de aquellos en el capital social, de acuerdo con la realidad mercantil que inspira estas estructuras. Cabe, pues, destacar que su inspiración es de corte corporativo y no puede rechazarse un valor eminentemente democrático que fundamentó el surgimiento mismo de estos fenómenos, con la vista puesta en mejorar la libre competencia en el mercado mejorando la igualdad de salida de todos los competidores.
- 4) El poder soberano de la sociedad recae en la junta general, pues a través de este órgano las sociedades expresan la voluntad social (Sebastián Quetglas, 2013). Esta voluntad social debe entenderse desde la lógica de la ciudadanía societaria expresada anteriormente, por eso es una derivación de la decisión de los socios. Es decir, la voluntad societaria se expresa a través de una vinculación de la sociedad por la conjunción de las voluntades individuales concurrentes de cada uno de los socios (Gil Echeverry, 2012, p. 354)¹⁷. Además, la conformación de esa voluntad social viene regida por una serie de procedimientos establecidos por los estatutos sociales y las leyes, por ejemplo, a la hora de establecer el régimen de mayorías que debe concurrir para adoptar ciertas decisiones. En suma, los estatutos (o, en su defecto, la ley) vienen a establecer un principio de competencia material entre los órganos societarios, de tal forma que existe una semejanza conceptual (no exhaustiva) con el principio de separación entre los distintos poderes del Estado, reservando a la junta general las decisiones más importantes.

¹⁷ Es el órgano social que en primera y última instancia toma la iniciativa y decide del desarrollo de la vida social y, además, se le faculta para decidir de todo aquello que, por previsión legal o estatutaria, no queda en manos de otros órganos de forma expresa.

Es el órgano supremo de decisión en una sociedad de capital, como lo fuera el Parlamento emanado de la soberanía popular a través del voto de la ciudadanía. Solo que aquí el valor del voto viene predeterminado por el nivel de aportación al capital social de cada socio y no tanto por su posición individual como persona natural, que conducen a identificar una soberanía societaria no personificada sino de carácter deshumanizada o patrimonializada.

- 5) El órgano de administración de las sociedades de capital podría identificarse con el órgano ejecutivo de la sociedad ya que sus competencias se reducen a la administración o gestión societaria. En las sociedades más relevantes, las cotizadas, de forma obligatoria, la modalidad de administración que se toma es la de consejo de administración (ex art. 529.1 bis LSC), un auténtico órgano de gobierno nombrado por el soberano órgano societario, la junta general. En estas sociedades el órgano es colegiado y, por tanto, sus decisiones, se someten a un procedimiento de decisión colegial que exige un acuerdo de mayoría. El número mínimo para poder hablar de órgano colegiado es de tres miembros (art. 242.1 LSC) dejando la determinación del número de administradores que integren el consejo de administración a la autonomía de la voluntad societaria, ello si determinando, al menos, el número máximo de sus miembros si no se determinara numéricamente el número concreto de los miembros que lo componen, extremo sobre el que la junta general tomará la decisión final. Su régimen de funcionamiento y organización interna, puede venir determinado en las previsiones estatutarias o no, aunque sería lo ideal. A veces, el propio consejo puede determinar su régimen de funcionamiento interno (art. 245.2 LSC), sin que puedan quebrar previsiones de derecho necesario absoluto sobre reglas de la convocatoria o el *quorum* mínimo para su constitución. Su papel se asemeja al del poder ejecutivo del Estado, que tiene cierto margen de maniobra, pero debe responder al poder soberano del Parlamento que ejerce un control sobre el mismo, al igual que el consejo de administración responde ante la junta general que le nombra.

Aplicar y extender los conceptos propios de la Teoría del Estado al Derecho de Sociedades no es tan descabellado, más aún cuando el papel real de las sociedades cotizadas en nuestros días es el de condicionar la gobernanza pública y las instituciones que integran una democracia avanzada por la relevancia de los mercados en la conformación del ordenamiento jurídico (García Mexía, 2008, p. 101), que ha venido adoptando una tendencia neoliberal en las últimas décadas en detrimento de los derechos sociales de la ciudadanía. La evidencia del condicionamiento de las decisiones del poder político se hizo latente en virtud del papel que tomaron las grandes empresas cotizadas en la redacción final del art. 75 LOIEMH, sobre la composición equilibrada de los consejos de administración en relación al principio de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, aunque no fuera manifestada públicamente y de manera expresa.

A pesar de que las sociedades se rigen por el Derecho de Sociedades (art. 1.3 L.O. 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación), no puede obviarse el

origen de las sociedades mercantiles en tanto asociación de pequeños propietarios que buscan competir con otros más importantes en un mercado oligopolístico. Y es que, este acontecimiento, es primordial para entender la visión democrática que el fenómeno societario introduce en el mercado que, por supuesto, no puede ser obviada: el carácter asociativo de las sociedades de capital. Los principios que inspiran el derecho de asociación son igualmente atribuibles a las sociedades: asociarse sin autorización previa para competir en el mercado en tanto fin lícito amparado por la Constitución (sin perjuicio de la obligación registral), que proclama la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado (art. 2.1 y 2 L.O. 1/2002 en relación con el art. 38 CE); la semejanza entre el acuerdo de constitución y el contrato de sociedad en tanto acto fundacional o escritura de constitución y entre los estatutos de la asociación y la sociedad (arts. 5, 6 y 7 L.O. 1/2002 en relación con el art. 1665 CC); y, fundamentalmente, su sometimiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, en particular, las previsiones legales de carácter imperativo contenidas en la Ley de Sociedades, no modificables por la autonomía de los socios (arts. 9.1 CE y 2.4 L.O. 1/2002). También, una primera lectura del Capítulo III de la L.O. 1/2002 hace posible asemejar las instituciones societarias a las de la asociación y, aunque sea menos relevante en el terreno asociativo, tanto en ámbito societario como en el derecho de asociación, la inscripción registral (art. 10 L.O. 1/2002 en relación con el art. 119 CCom) cumple un papel a los efectos de publicidad en aras de la salvaguarda de la seguridad jurídica en el tráfico, aunque es cierto que en el caso de las sociedades de capital la publicidad registral cumple un papel constitutivo que no es propio del régimen jurídico de la asociación (art. 20 LSC en contraposición con lo dispuesto en el art. 5.2 L.O. 1/2002).

Sin perjuicio de las peculiaridades de uno y otro régimen, hay una vinculación por entero de la Constitución respecto de la asociación y de las sociedades de capital, de tal forma que los valores democráticos de libertad e igualdad, así como el pluralismo debieran jugar la suerte de inspirar la ordenación jurídica de las sociedades de capital de una forma parecida a la de asociación. Sin embargo, no debe obviarse la especificidad propia del Derecho de Sociedades en tanto soberanía societaria deshumanizada, articulada a través de títulos, esto es, la actuación mediata de los socios a través de las acciones; en contraposición con la soberanía asociativa, compuesta de personas naturales que actúan en el marco asociativo de forma directa e inmediata. Así, no puede obviarse ni desplazarse el régimen de conformación de la voluntad societaria, además, tampoco sería efectivo ni siquiera operativo en aras de la consecución de una composición equilibrada del órgano de administración de la sociedad.

Por consiguiente, no afectaría a la esencia de la sociedad ni al principio plutocrático que inspira toda sociedad de capital la imposición de obligaciones por parte del poder público como medio para lograr una diversidad de género plena en sede del consejo de administración. Ello no afectaría, en esencia, a la soberanía societaria, aunque mermaría la autonomía de la voluntad societaria que quedaría predeterminada por la decisión pública de someter a un régimen de democracia paritaria el órgano ejecutivo de las sociedades. Así, habría de someterse a un filtro de ponderación, ya que van a confrontar, de un lado, el

derecho a la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres y, de otro, la libertad de empresa. Pero no solo, porque, en este caso, hay que incorporar el parámetro asociativo como canon de interpretación de las sociedades en aras de lograr una democracia en términos de paridad, ¿sería suficiente con un mero juicio de ponderación entre derechos fundamentales que confrontan?

Se enfrentan derechos cuya proclamación ya responde a una separación dicotómica entre derechos civiles y políticos o de primera generación (categoría en que residiría la igualdad, pero también la libertad de asociación, en tanto derechos fundamentales) y derechos económicos, sociales y culturales o de segunda generación (la libertad de empresa como derivación dinámica del derecho de propiedad privada, de primera generación). Sin embargo, la propia conexión entre derecho de asociación y libertad de empresa son un argumento a favor de la desconsideración de categorías enfrentadas a la hora de hablar de distintos tipos de derechos fundamentales; además, como ejemplo, la propiedad no es un derecho materialmente efectivo si uno no encuentra ocasión de serlo (Alexy, 2007, p. 176), y por tanto no puede hablarse de un reconocimiento inmediato. Por tanto, no puede hablarse de que la propiedad sea un derecho definitivo, ni siquiera formalmente; por el contrario, la igualdad es un derecho moral que, desde la faceta del reconocimiento formal, es inmediato, formulado con vocación general *erga omnes*, aunque requiere de la intervención del Estado para su realización efectiva (art. 9.2 CE). Entonces, no puede hablarse de una primacía por razón de la sistemática de la estructura jurídico-constitucional y, precisamente, en relación a la parte dogmática de la misma.

Hay que partir de la interpretación y significado previos de los valores constitucionales, de la axiología constitucional, pues la ponderación solo es parámetro de interpretación para un concreto conflicto entre derechos fundamentales, no en abstracto. Aquí el interés general de las sociedades democráticas es un fundamento último, pues ha de entenderse que la máxima consecución posible de tales valores es la consecución del interés general del Estado Social y Democrático de Derecho¹⁸. La igualdad y la libertad no pueden entenderse una sin la otra. Solo de estas premisas puede partir el eventual juicio de ponderación que concretamente protagonizará el valor, principio y derecho de igualdad entre mujeres y hombres en contraposición con la libertad de empresa, y la vinculación de esta última, en ámbito de las sociedades de capital, con el derecho de asociación, que introduce un carácter democrático a la realidad empresarial de nuestros días, en un plano interno y no sólo externo.

Pasando al papel concreto del juicio de ponderación y conectando con lo que acaba de ser expuesto hay que tener presente que la igualdad al proclamarse como derecho fundamental positiva un valor y principio constitucional y, por tanto, expresa un *deber ser* al derecho ordinario que se construya por parte del legislador (Prieto Sanchís, 2013, p. 67)¹⁹.

¹⁸ Precisamente, ahora no importa garantizar la libertad de empresa en el mercado (esfera externa) sino asegurar un mínimo inquebrantable por el Derecho Privado que está identificado con los valores constitucionales ante una expansión desmedida de la libertad de empresa y la preeminencia del mercado sobre la autonomía de la política.

¹⁹ “El constitucionalismo de los derechos se caracteriza precisamente por la rigurosa distinción entre vigencia o mera positividad y validez, siendo esta última dependiente de un juicio sobre la adecuación de las leyes al programa constitucional”.

La regla de la proporcionalidad es el método a través del cual, tradicionalmente, se han interpretado los conflictos entre derechos fundamentales; a través de las pautas de necesidad, adecuación y proporcionalidad, como último filtro. Si bien la libertad de empresa sería menoscabada, en tanto que la soberanía societaria quedaría restringida, al imponer el Estado una obligación de estructurar el consejo de administración en términos de paridad y vinculando, por tanto, el ejercicio de la autonomía societaria que corresponde al órgano supremo de la sociedad de capital, la junta general; tales obligaciones serían una expresión concreta de acción positiva en ejercicio del mandato constitucional del art. 9.2 CE. La necesidad de adoptar disposiciones vinculantes en torno a la igualdad de género en el consejo de administración de las sociedades cotizadas, en concreto, suponen en abstracto la realización de la igualdad efectiva propia de un Estado Social y Democrático de Derecho, una asignatura pendiente de la que, como se señaló, era consciente el legislador constituyente al precisar la igualdad no solo como derecho sino como un valor superior del ordenamiento jurídico y un principio de interpretación privilegiado junto a la libertad, como elementos centrales de la democracia y vinculados inseparablemente a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE).

En suma, la libertad de empresa sufrirá un menoscabo en la elección de los miembros de los órganos de administración y gestión de la empresa, sin embargo, esa limitación está justificada para la realización de un objetivo de la democracia en sí misma: la igualdad. Así, puede humanizarse la sociedad mercantil sin atentar al régimen plutocrático que rige la conformación de las mayorías y, por ende, supondría la vigencia y efectividad de la libertad empresarial en términos plenamente democráticos: en situación de paridad. La intromisión en la misma en pro de la igualdad entre mujeres y hombres no es arbitrario ni proporcionado, respeta el contenido esencial de la libertad de empresa (acceso, mantenimiento y salida del mercado); no es arbitrario, ya que va ligado a la realización de un interés general de la democracia. A lo sumo, el sacrificio de la libertad de empresa se reduce a la elección de los miembros del consejo de administración por una razón de interés general: la igualdad efectiva entre mujeres y hombres; teniendo presente el art. 128.1 CE que somete las distintas formas de riqueza al interés general, independientemente de su titularidad y, para ello, el Estado se marca como objetivo regular una forma más democrática de participación en las empresas (art. 129.2 CE en relación con los arts. 14 y 9.2 CE), logrando la participación de las mujeres en tanto mayoría poblacional. Esto es, priorizar el nombramiento de mujeres que estén en condiciones de responder a las exigencias de mérito y capacidad determinadas por la voluntad social del accionariado societario, como sacrificio razonable y justificado –no arbitrario– de la propia libertad empresarial. Sin olvidar la libertad de asociación en tanto derecho fundamental de primera generación (parámetro de optimización) que respaldaría la intervención estatal del lado de la igualdad más allá de la libertad de empresa, dotando a esta última de un carácter plenamente democrático desde una perspectiva de género, sin dejar de lado la exigencia de democracia en la estructura corporativa que subyace a las sociedades de capital, pero quedando a salvo, ello sí, el principio plutocrático.

3. El significado de las sociedades cotizadas en las democracias contemporáneas

Las relaciones entre el sistema democrático instaurado por el Estado Social y Democrático de Derecho y el mercado, pone en muchas ocasiones en entredicho la superación del Estado Liberal por la forma de Estado vigente. Esto ha supuesto, un sometimiento cada vez más exacerbado del capitalismo sobre el poder del Estado, inspirado por una corriente de corte neoliberal. La economía de mercado es el marco en que se desenvuelve el sistema de relaciones de producción en las sociedades contemporáneas (art. 38 CE), sin embargo, hay que buscar un equilibrio entre las necesidades y aspiraciones de los agentes intervenientes y participantes del mercado y los objetivos o fines a cumplir por el poder supremo del Estado (art. 1.1 CE).

Precisamente, el surgimiento del Estado Social de Derecho viene predeterminado por la necesidad de superar los abusos de unas clases sociales sobre otras ante la no intervención del Estado Liberal, que perdería así de forma progresiva su carácter democrático, si es que alguna vez lo fue. No puede afirmarse la plenitud democrática de una sociedad articulada en torno a un Estado si ese Estado no puede cumplir sus objetivos, además dando respuesta a las exigencias sociales. Al igual que ocurriría con la cuestión social protagonizada por el conflicto capital-trabajo que hicieron reformular el Estado Liberal, con una primera intervención en los asuntos sociales y económicos, el Estado Social y Democrático de Derecho debe dar respuesta a una nueva cuestión social, sin que pueda admitirse una indiferencia del poder estatal ante la subyugación de la mujer en el ámbito de las sociedades cotizadas. Y es que estas sociedades determinan, al menos de forma indirecta, el rumbo que va tomando el Estado y las políticas que este adopta, sobre todo en tiempos en que la necesidad se agudiza por ciertas crisis, como la reciente crisis económica de la que aún persisten secuelas (Cidoncha Martín, 2006, p. 57)²⁰.

Las sociedades cotizadas y su papel en los mercados bursátiles condicionan las decisiones públicas, puesto que como se ha podido percibir ha habido una prevalencia de lo económico a lo social, traspasando en muchas ocasiones la búsqueda de un equilibrio, orientando la balanza en favor de las corrientes más neoliberales. Esto supondrá, entre otras cosas, el mantenimiento de recortes en derechos sociales o derechos fundamentales de segunda y tercera generación que han trasvasado la necesidad de su adopción más allá de un momento coyuntural, aceptando así la visión de las corrientes más neoliberales que han hecho persistir las reformas adoptadas. La productividad y competitividad empresarial ha venido siendo atendido como un valor absoluto, en detrimento del contenido constitucional. Además, la sociedad anónima (todas las cotizadas adoptan este tipo societario, vid. arts. 495 y ss. LSC) tiene una vocación abierta a la generalidad del público inversor y acceso a los mercados (De Carlos Beltrán, 2013)²¹.

²⁰ Se plantea un problema nuevo: cómo asegurar un mínimo insoslayable del Estado Social y Democrático de Derecho frente a una expansión desenfrenada del mercado y de sus intereses.

²¹ Esto es, la sociedad anónima se concibe como una sociedad con vocación de acceso al mercado y, por tanto, responde al modelo anglosajón de *public company*, no por ser pública sino por su eventual conexión con todo inversor que lo desee. Son reflejo de ello la libre transmisibilidad de acciones o que el capital social se encuentre distribuido entre accionistas que no participan de la administración societaria.

Enlazando con el asunto que nos proponemos afrontar, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, la experiencia ha puesto, también, sobre la mesa la vigencia de esa gobernanza neoliberal que, cada vez y con mayor intensidad, se coloca frente al Estado como imposibilidad fáctica de cambiar la realidad (Zinti, 1993)²². Es decir, un detrimento del poder público emanado de la soberanía popular que conforma el Estado Social y Democrático de Derecho, sobre todo, condicionando las decisiones del poder político. Expresión significativa de este fenómeno es la resistencia de las grandes empresas cotizadas en torno a la adopción de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y, expresamente, en la formulación que había de adoptar el art. 75 de la misma.

La consecución de la igualdad de género en los consejos de administración no solo es relevante de cara a lograr una sociedad más democrática y participativa que tenga en consideración a las mujeres como parte significativa de aquella. Muchos han sido los estudios que han expresado que la incorporación de mujeres a las empresas y, por tanto, la conformación de corporaciones realmente igualitarias y diversas en términos de género repercutiría positivamente en la productividad empresarial²³. De tal forma que la existencia de una realidad equitativa para mujeres y hombres en el plano interno de las empresas, su consecución, contribuirá a mejorar tanto las sociedades cotizadas como la democracia en sí misma.

A través de la fórmula gobierno corporativo se han ido apuntando una serie de pautas de actuación en relación a las estructuras y procedimientos societarios. Es relevante el Código Unificado de Buen Gobierno de la CNMV que ya ha atendido a la diversidad de género, como elemento a incorporar para generar valor en la compañía. La introducción de una visión femenina en la gobernanza empresarial supondría la posibilidad de crear unas empresas más equitativas, lo que puede traducirse en la implantación de nuevos procesos de selección y políticas organizacionales comprometidas con las necesidades de las mujeres y orientadas a romper el techo de cristal desde dentro (Salazar Benítez, 2014, p. 89)²⁴. Por otro lado, la generación de valor externo, tanto desde el punto de vista de la ética empresarial y su proyección sobre los *stakeholders*, como de cara al mercado: tomar en consideración las necesidades y demandas de producción de la población femenina (Huerta Viesca, 2009, p. 87). En suma, la ruptura de estereotipos y prejuicios de género que expresan una supuesta y natural incapacidad femenina para la asunción de responsabilidades puede venir de la mano de una composición equilibrada en el consejo de administración. En este sentido, la productividad empresarial puede ser un argumento a favor, ya que, si las mujeres se forman más que los hombres en itinerarios formativos de carácter superior en el ámbito económico y de la administración y dirección de empresas,

²² Y, ahora, el problema está en la interdependencia que las libertades privadas confluyen en el ámbito de los mercados y la libertad política mantienen, al instaurarse un poder colectivo representado por los mercados de capitales.

²³ Lo que posibilita relacionar el ejercicio del art. 38 CE con el propio art. 14 CE. La libertad de empresa ejercida, materialmente, de forma igualitaria.

²⁴ Muy necesario, ya que “se ha consolidado un espacio público amparado en las *virtudes* asociadas a la masculinidad –la competitividad, el éxito en el ámbito profesional, la obsesión por el desempeño (...)– que son las dominantes (...) en la economía y, en general, en la concepción de la raza humana”.

la sociedad y las empresas cotizadas están desaprovechando el talento y competencias mayoritarios de que dispone la totalidad de población en este ámbito concreto.

Por otra parte, si bien, las sociedades cotizadas van a seguir teniendo un papel relevante en la conformación de la voluntad pública, condicionando sus decisiones, la incorporación de las mujeres en el ámbito de la gobernanza empresarial, puede suponer también que ese condicionamiento creciente no desemboque en un sometimiento patriarcal inaceptable. Esto es, si las corporaciones que van a decidir del porvenir del Estado, de sus políticas, por la proyección de sus intereses sobre las decisiones públicas, puede que esta tenga un tinte más igualitario (Figueruelo Burrieza, 2014)²⁵.

4. Una revisión con perspectiva de género del régimen jurídico vigente sobre el nombramiento de los Consejos de Administración

La experiencia hasta la fecha, ha sido la de adoptar disposiciones no vinculantes, esto es, la técnica legislativa se ha articulado a modo de recomendaciones. En nuestro país, tras la frustración de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo destinada a mejorar el equilibrio de género entre los administradores no ejecutivos de las empresas cotizadas²⁶, en 2012, la referencia sigue siendo el art. 75 LOIEMH. En relación a este artículo, el Anteproyecto de la LOIEMH preveía que la composición equilibrada se debía producir, en un plazo de cuatro años, debiendo incorporar progresivamente (anualmente), el diez por ciento de mujeres hasta alcanzar dicho equilibrio de género. Sin embargo, dicha redacción se quedó en el cajón como lo hizo la propuesta de Directiva de la UE 2012/0299 de 14 de noviembre de 2012, que obligaría a implantar una composición equilibrada en todo el ámbito de la Unión.

Finalmente, la respuesta legislativa fue la propia de un *soft law* voluntarista de la que hay que identificar los ámbitos subjetivo y objetivo. De este modo, son las sociedades obligadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada las que “procurarán” incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada (una proporción 40/60 vid. D.A. 1^a LOIEMH) en un plazo de 8 años. Empresas cotizadas en cualquier mercado bursátil de la UE (art. 536 LSC). La referencia “cuenta de pérdidas y ganancias no abreviada” se refiere, por exclusión, a sociedades no cotizadas que, durante dos ejercicios consecutivos, al menos, sobrepasen los siguientes límites: un activo superior a cuatro millones de euros, un resultado del ejercicio neto anual superior a ocho millones de euros, o que sobrepasen una plantilla media de cincuenta empleados (cfr. art. 257.1 LSC). En definitiva, grandes y significativas sociedades que tienen cierta proyección en los mercados (no sólo bursátiles) y, por tanto, en la sociedad. Sin

²⁵ “El valor superior de la igualdad consiste en ser iguales en las diferencias”, entonces, solo habrá un respeto a dichas diferencias (art. 14 CE) si se posibilita que las mujeres accedan a la cima de las empresas, reconociendo y protegiendo precisamente las diferencias, muchas veces, construidas socialmente, por las cuales son excluidas.

²⁶ La Directiva *Reading* se articuló con vocación de conseguir la composición equilibrada de los consejos de administración de las grandes compañías. Se refería a los consejeros no ejecutivos, con lo cual se tenía la intención de no interferir en la gestión diaria de las empresas. Pese a ello, no se permitió la aprobación de la Directiva.

embargo, no hay carácter vinculante alguno en estas disposiciones y, tras 8 años, tampoco se ha logrado alcanzar una presencia equilibrada, pues la composición femenina de los consejos de administración la grande compañía ronda, en el IBEX 35, el 24 por ciento²⁷.

En el ámbito de las sociedades cotizadas, el consejo de administración deberá velar porque el nombramiento de sus miembros favorezca la diversidad de género, indicando para ello que los procesos de selección “no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna y, en particular, que faciliten la selección de consejeras en un número que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres” (art. 529 bis LSC). Sin embargo, no puede hablarse de una previsión reglamentaria al efecto, ni siquiera un organismo administrativo de control habilitado para auditar posibles incumplimientos de dicho precepto para averiguar si existen sesgos de género implícitos en los procesos de selección o diferencias retributivas entre consejeros mujeres y hombres, de lo que podría hacer las veces la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Esta formulación que, de entrada, es errónea debido a que el consejo de administración no es el órgano indicado para imponerle velar por la diversidad de género del consejo de administración, sino que habría de ser la junta general de socios en tanto órgano soberano que nombra a la administración empresarial (art. 214 LSC); sin embargo, muestra la voluntad del legislador en tanto que se muestra comprometido con “facilitar la selección de consejeras”, por tanto, existe una búsqueda de lograr una composición equilibrada del consejo de administración, partiendo pues de la realidad: la constatable infrarepresentación femenina en el poder y toma de decisiones del ámbito empresarial. En definitiva, lo deja a la libre decisión de las sociedades, cuya práctica demuestra que tras más de una década de vigencia del art. 75 LOIEMH, no ha traído consigo un cambio real (Chamorro Domínguez, 2019)²⁸.

Sin embargo, frente a este tipo de regulación, contrasta la formulación de la disposición en relación empresas con participación pública (art. 54 LOIEMH): la Administración General del Estado y los organismos públicos y dependientes de aquella “observarán” el cumplimiento de la presencia equilibrada en los consejos de administración en empresas que tengan participación pública en su capital social. La importancia del lenguaje aquí ha de traerse a colación, pues mientras las empresas públicas tienen que procurar una composición equilibrada (“hacer diligencias o esfuerzos para que suceda lo que se expresa”), las empresas –ni siquiera públicas, sino privadas participadas de capital público– deberán lograr una presencia equilibrada en términos de género en tanto que “observarán” el principio de la D.A. 1^a LOIEMH y, por tanto, han de “guardar y cumplir exactamente lo que se manda y ordena”²⁹. No obstante, un estudio de la Fundación Civio demostraría en 2018 como, cuantitativamente, aún no se había superado la representación mínima del 40 por

²⁷ Según datos del Instituto Europeo para la Igualdad de Género (EIGE), extraídos de la web del Instituto Nacional de Estadística y correspondientes al año 2018.

²⁸ Sólo con previsiones legales articuladas a modo recomendaciones, tal y como la práctica ha demostrado, no puede lograrse un progreso avanzado pleno y convergente entre los distintos países de la UE. Sólo en aquellos Estados con previsiones vinculantes y sancionables se ha experimentado un cambio en la composición de los consejos.

²⁹ Diccionario de la Real Academia Española.

ciento de mujeres en los consejos de administración de la mayoría de empresas públicas³⁰. Aunque, recordemos, por la naturaleza de las sociedades de capital que, el Estado, en tanto socio, no tendrá más poder que el derecho de voto conforme a su participación en el capital social; entonces, puede no ser el protagonista único y último de la conformación de la voluntad social.

Podría decirse que no se ha producido un logro significativo para implantar una igualdad real en las compañías, empezando desde la cúspide de administración y gestión de las sociedades mercantiles, ya no solo en las que se nutren de inversión privada sino también las que se componen de financiación pública. El control sobre el cumplimiento de las previsiones de la LOIEMH en este ámbito concreto no ha existido de forma real, las medidas no se acompañaron desde su aprobación de un procedimiento de fiscalización del cumplimiento de dichas medidas. Tan solo, el Real Decreto-ley 18/2017, de 24 de noviembre, introduce una novedosa formulación en relación a informar sobre la diversidad de género del consejo de administración de las sociedades cotizadas: se introduce un nuevo contenido al Informe Anual de Gobierno Corporativo que habrá de remitirse a la CNMV (arts. 540.1 y 540.4.6º LSC)³¹. Sin embargo, un informe contrario a los objetivos de la LOIEMH no encontrará reproche alguno por parte del ordenamiento jurídico y, en suma, no tendrán una respuesta sancionadora. Nuestro sistema, por tanto, reduce a la voluntariedad empresarial la consecución de una presencia equilibrada en el consejo. Es tan potestativa que, a pesar de que la LOIEMH introduce un ambicioso horizonte en favor de la diversidad de género y, por tanto, en favor de la igualdad real entre mujeres y hombres, la reforma introducida en relación a facilitar dicha información a la CNMV, posibilita justificar el incumplimiento de los arts. 54 y 75 LOIEMH si las empresas motivan el incumplimiento de dichas previsiones, además, si no lo justificaran, no encontrarían reproche alguno, por parte del ordenamiento. Por tanto, todas estas previsiones han supuesto, en la práctica, un refuerzo a la responsabilidad social empresarial pero no puede decirse lo mismo en relación a la consecución de una sociedad más igualitaria y más democrática.

Sin duda, debe tenderse a la obligación vinculante y sancionable. Por consiguiente, debe extenderse a otro tipo de sociedades mercantiles, más allá de las sociedades cotizadas que, sin embargo, por su relevancia en el haz de relaciones sociales y económicas que rigen las sociedades modernas, deberían seguir siendo un destinatario primario. El control sobre la retribución de los consejeros y consejeras de las compañías debe ser también fiscalizable de algún modo para poder apreciar sesgos a eliminar para una completa superación de la brecha retributiva por razón de género. Sin perjuicio de que se reduzca

³⁰ Consultado en: <https://civio.es/quien-manda/2018/02/05/el-80-de-las-empresas-publicas-ignora-la-ley-de-igualdad-en-sus-consejos-de-administracion/> (fecha: 27 de noviembre de 2019).

³¹ En concreto, conforme al art. 540.1.6º LSC, se trata de una descripción de la política de diversidad aplicada en relación con el consejo de administración, en concreto, en lo que respecta al el género; incluyendo sus objetivos, las medidas adoptadas, la forma en la que se han aplicado, en particular, los procedimientos para procurar incluir en el consejo de administración un número de mujeres que permita alcanzar una presencia equilibrada de mujeres y hombres y los resultados en el período de presentación de informes, así como las medidas que, en su caso, hubiera acordado respecto de estas cuestiones la comisión de nombramientos (por ejemplo, retribuciones de los consejeros). También tendrá un contenido de información al accionariado en relación a estas cuestiones y expresar en el informe una razón clara y motivada sobre su incumplimiento.

al ámbito de los consejeros no ejecutivos, para lograr un equilibrio entre los intereses del Estado de Derecho y de las sociedades mercantiles, protegiendo su poder de auto organización emanado de la libertad de empresa, puede irse pensando en adoptar otro tipo de medidas complementarias de las cuotas, quizá informativas, en relación a la progresión de las mujeres en el *management* empresarial y ver el papel real que van asumiendo en las mismas.

5. Conclusiones: una propuesta de *lege ferenda*

Ante la lentitud e inobservancia en el cumplimiento de las previsiones de la LOIEMH y la todavía inalcanzable composición equilibrada del consejo de administración de las grandes compañías, el Estado Social y Democrático de Derecho debe dar una respuesta para superar este reto. Por todas las implicaciones que representan las sociedades mercantiles cotizadas y su papel en la adopción de las políticas públicas, las grandes compañías deben ser sometidas a un régimen jurídico de incorporación obligatoria de mujeres en sus esferas de administración y gestión, de tal forma que se incorpore una democracia paritaria y plenamente participativa dentro de las estructuras corporativas de las empresas. Por ende, se propone la adopción de una concreta medida de acción positiva: un sistema de cuotas obligatorias para reformular el art. 75 LOIEMH y el art. 529 bis.2 LSC, abandonando el “procurar” y el “velar” por “observar” o “cumplir”, en aras de la igualdad de hombres y mujeres en tanto medida de acción positiva (arts. 9.2 y 14 CE).

El primero debiera adoptar un carácter vinculante y algún tipo de previsión sancionadora coercitiva de cuantía significativa, que no solo castigue la inobservancia del precepto sino despliegue una función disuasoria al respecto. Por todo lo expuesto, obligar a las empresas cotizadas a someter el nombramiento de su consejo de administración a un canon paritario que puede seguir articulado en torno a las previsiones de la D.A. 1^a LOIEMH, donde la CNMV puede ser un protagonista fiscalizador de su cumplimiento, no supondría una medida injustificada desde el punto de vista constitucional. Solo así, el Estado puede promover una igualdad en todos los ámbitos de la sociedad y, especialmente, en la faceta social y económica de las personas, desplegando así su inspiración democrática y social, salvaguardando la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en tanto elemento consustancial a su nacimiento.

Sin perjuicio de que pueda extenderse a otras empresas, debemos centrarnos en su acotamiento a las sociedades cotizadas en tanto cúspide del sistema empresarial y bancario español, quedando a salvo el principio plutocrático que inspira la conformación de la voluntad societaria y, quizás, reducida al ámbito de los consejeros no ejecutivos para mermar el menoscabo al poder de auto organización empresarial. Esto es, no afectando el desenvolvimiento diario de la gestión empresarial, más allá de la mera administración en sede del consejo.

En suma, para asegurarse un cumplimiento real de la medida y no la observancia de un mero formalismo (e incorporar a mujeres sin funciones y autonomía en el consejo), por

el respeto que debe guardarse a los principios de mérito y capacidad (que deben ser superados en la eventual selección de los miembros del consejo de administración); debe optarse por desarrollar un sistema de control público *ex post* sobre dichos nombramientos, que la CNMV podría asumir como lo hace ya en relación al Informe de Gobierno Corporativo. Así, sin perjuicio de adoptar un régimen transitorio, tendría sentido seguir exigiendo una motivación acerca de apartarse de la obligación de adoptar una presencia equilibrada en sede del consejo de administración, aunque los argumentos aducidos por la empresa a la CNMV debieran comprobarse y, en relación a una labor de averiguación precedente, decidir sobre un régimen sancionador *ad hoc*. Sin olvidar que el mantenimiento de estas medidas habría de mantenerse en el tiempo hasta que se hubiera normalizado la composición equitativa de los consejos de administración, si es que llega a materializarse.

VI. Bibliografía

- ALEXY, ROBERT. (2007). *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- ARAGÓN REYES, MANUEL. (1995). *Libertades económicas y Estado Social*. Madrid: Mc Graw-Hill.
- BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA. (2010). *Mujer y constitución: la construcción jurídica del género*. Madrid: Cátedra.
- BELTRÁN, JOSÉ LUIS; IBAÑEZ JIMÉNEZ, JAVIER WENCESLAO y SÁNCHEZ GRAELLS (coords.). (2012) *Fundamentos de Derecho Empresarial. Tomo 2*. Madrid: Civitas.
- BINGHAM, TOM. (2018). *El Estado de Derecho*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- CHAMORRO DOMÍNGUEZ, MARÍA CONCEPCIÓN. (2019). Diversidad de género en los consejos de administración de las sociedades cotizadas españolas. A propósito de la publicación de la CNMV de datos sobre la presencia de mujeres en consejos de administración y alta dirección de sociedades cotizadas españolas. En *Derecho de Sociedades*, 55.
- CIDONCHA MARTÍN, ANTONIO. (2006). *La libertad de empresa*. Madrid: Civitas.
- FIGUERUELO BURRIEZA, ÁNGELA. (2014). Igualdad de género en la toma de decisiones; sobre la composición equilibrada de los consejos de administración de las grandes empresas. En *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico: estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla*. Valencia: Cortes Valencianas.
- GALGANO, FRANCESCO. (1981). *Historia del Derecho Mercantil*. Barcelona: Laia.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO. (1981). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA CRUCES, JOSÉ ANTONIO. (2016). *Derecho de sociedades mercantiles*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HESSE, KONRAD. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA MEXÍA, PABLO. (2008). *Ética y gobernanza. Estado y sociedad ante el abuso de poder*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- GIL ECHEVERRY, JORGE HERNÁN. (2012). *Derecho societario contemporáneo*. Bogotá: Legis.
- HUERTA VIESCA, MARÍA ISABEL. (2009). *Las mujeres en la nueva regulación de los consejos de administración de las sociedades mercantiles españolas*. Navarra: Aranzadi.
- LOUSADA AROCHENA, FERNANDO. (2004). El informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa. En *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 15, 39-46.
- MORALES, LETICIA. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- NUÑO GÓMEZ, LAURA. (2009). El origen de las políticas de género: la evolución legislativa y las políticas de igualdad en el estado español. En María Dolores Cancio Alvarez, Enrique Álvarez Conde, Ángela Figueruelo Burrieza y Laura Nuño Gómez (coords.), *Estudios interdisciplinares sobre igualdad* (pp. 277-316). Madrid: Iustel.
- PAREJO ALFONSO, LUCIANO. (1990). *Constitución y valores del ordenamiento*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- PÉREZ ESCALONA, SUSANA. (2007). *La asociación y el derecho de sociedades: una revisión en clave contractual*. Madrid: Civitas.
- PETIT, CARLOS. (2016). *Historia del Derecho Mercantil*. Madrid: Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, LUIS. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Trotta.
- REY MARTÍNEZ, FERNANDO. (1994). *La propiedad privada en la Constitución Española*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ROBLES MORCHÓN, GREGORIO. (1992). *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Civitas.
- RODRIGUES CANOTILHO, MARIANA. (2017). *El principio de igualdad en el derecho constitucional europeo*. Navarra: Aranzadi.
- SALAZAR BENÍTEZ, OCTAVIO (2014). El reto de la democracia paritaria. En Víctor Manuel Cuesta López y Dulce María Santana Vega (coords.), *Estado de Derecho y discriminación por razón de género, orientación e identidad sexual* (pp. 89-108). Navarra: Aranzadi.
- SEVILLA MERINO, JULIA. (2003). Democracia paritaria y Constitución. En AA.VV., *Seminario "Balance y Perspectivas de los Estudios de las Mujeres y del Género"* (pp. 28-58). Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Instituto de la Mujer.
- SØRENSEN, GEORG. (2010). *La transformación del Estado. Más allá del mito del repliegue*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- TOMILLO URBINA, JORGE. (2016). La sociedad como categoría general. En Julio Álvarez Rubio (coord.), *Derecho de Sociedades*. Madrid: Dikinson.
- VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN y GARCÍA CAMPÁ, SANTIAGO (dirs.). (2018) *El derecho a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Una evaluación del primer decenio de la Ley Orgánica 3/2007*. Navarra: Aranzadi.
- ZINTI, REINHARD. (1993). Neoliberalismo y Estado social. En *Doxa* 13, 33-47.

Dudas en torno a la negociación de los planes de igualdad: la respuesta de los tribunales *

Doubts regarding the negotiation of equality plans: the court's response

MARÍA JOSÉ RAMO HERRANDO **

*Doctora en Derecho
Abogada y socia en Garrigues*

Recibido: 27/02/2019

Aceptado: 08/03/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5392>

Resumen. No son pocos los problemas interpretativos que surgen a la hora de encarar la negociación colectiva de un plan de igualdad. Las primeras dudas pueden surgir ya al constituir la mesa negociadora, especialmente cuando existan centros de trabajo con representación legal de los trabajadores y otros sin ella, pudiendo verse afectado el principio de correspondencia. También genera dudas el alcance que debe darse a la exigencia legal de que sea en la mesa de negociación donde se elabore el diagnóstico de igualdad, o si la obligación de negociar el plan exige alcanzar un acuerdo o es una mera obligación de medios, o las consecuencias que pueden derivarse de incumplir las medidas del plan o los compromisos de información durante la fase de seguimiento del plan. Estas y otras cuestiones interpretativas resultan muy trascendentales ya que pueden dar lugar a la declaración de nulidad del plan de igualdad e incluso a condenas de cuantías indemnizatorias por la vulneración del derecho constitucional de libertad sindical y de apremios pecuniarios. Los tribunales han ido dando respuesta a estas dudas, dotando así de mayor seguridad jurídica al proceso negociador de los planes de igualdad.

Palabras clave: plan de igualdad, diagnóstico de igualdad, igualdad de género, negociación colectiva, legitimación, conflicto colectivo.

Abstract. They are not few the interpretative problems that arise when addressing the collective bargaining of an equality plan. The first doubts may appear when the negotiating table is formed, especially when there are work centers with legal representation of the workers and others without this representation; then, the principle of correspondence may be affected. It also raises questions the scope that must be given to the legal requirement that it has to be at the negotiating table where the diagnosis of equality is drawn up, or if the obligation to negotiate the plan requires reaching an agreement or is a mere obligation of means, or the consequences that may result from breaching the plan measures or the information

* Trabajo finalista del premio 8M convocado por la AEDTSS, evaluación del original efectuada por la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo

** maria.jose.ramo@garrigues.com

commitments during the plan follow-up phase. These and other interpretative issues are very important since they can lead to the declaration of nullity of the equality plan and even to sentences of compensation amounts for the infringement of the constitutional right of freedom of association and pecuniary constraints. The courts have been answering these questions, thus providing greater legal security to the negotiation process of the equality plans.

Keywords: equality plan, diagnosis of equality, gender equality, negotiation, collective conflict.

1. Introducción

El artículo 14 de la Constitución Española (CE) dispone que los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras cuestiones, por razón de sexo. En el artículo 9.2 CE se dice que "corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social".

Asimismo, la igualdad entre mujeres y hombres, en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, ha venido siendo un principio fundamental en la Unión Europea, plasmado tanto en los tratados constitutivos como en numerosas directivas comunitarias en materia de igualdad de trato entre mujeres y hombres¹.

El derecho a la negociación colectiva también es un derecho constitucional recogido en el artículo 37.1 CE que establece que "la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios". El reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva forma también parte de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo². Por otra parte, el Estatuto de los Trabajadores dedica su Título III a la Negociación Colectiva y a los Convenios Colectivos.

Pues bien, ambos derechos fundamentales confluyen en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Esta norma, en su Título IV, se refiere al derecho al trabajo en igualdad de oportunidades, y más en concreto, en su Capítulo III a los planes de igualdad de las empresas; y en su Exposición de Motivos dice que *pretende promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las*

¹ En el artículo 141 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea se fijaba el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Respecto a las Directivas, pueden citarse entre otras, la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

² Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, celebrada en Ginebra el 18 de junio de 1998.

empresas, situándolas en el marco de la negociación colectiva, para que sean las partes, libre y responsablemente, las que acuerden su contenido.

Conforme al artículo 45 LOI, las empresas están obligadas a respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral y, con esta finalidad, deben adoptar medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres, medidas que deben negociar, y en su caso acordar, con los representantes legales de los trabajadores.

Por su parte, el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2018, 2019 y 2020, suscrito el 5 de julio de 2018, de una parte por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE) y la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), y de otra por las Confederaciones Sindicales de Comisiones Obreras (CC.OO.) y por la Unión General de Trabajadores (UGT)³, insta a que a través de la negociación colectiva se desarrolle medidas integrales para favorecer la igualdad salarial y laboral entre hombres y mujeres.

El Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (RDL 6/2019) ha ampliado, de forma progresiva hasta el 7 de marzo de 2022, la obligación de elaborar y aplicar un plan de igualdad a las empresas de cincuenta o más trabajadores, siendo hasta entonces solo obligatorios para las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores o para las que estuvieran obligadas por así establecerlo su convenio colectivo. Pero también esta norma ha ampliado la obligación de negociar, ya que desde su entrada en vigor no solo hay que negociar el plan de igualdad, sino que ahora también se recoge explícitamente la obligación de negociar el diagnóstico de igualdad que debe preceder a la elaboración de todo plan de igualdad⁴.

El artículo 47 LOI se refiere a la transparencia en la implantación del plan de igualdad y garantiza el acceso de la representación legal de los trabajadores o, en su defecto, de los propios trabajadores, a la información sobre el contenido de los planes de igualdad y la consecución de sus objetivos. Ello, sin perjuicio del seguimiento de la evolución de los acuerdos sobre planes de igualdad que se lleve a cabo por las comisiones paritarias de los convenios colectivos a las que haya atribuido esa competencia.

La importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales, resulta evidente si consideramos las tres importantes funciones del convenio colectivo dentro de nuestras relaciones laborales:

- 1º. La función reguladora del convenio colectivo.
- 2º. La función individualizadora de las relaciones laborales, adaptando las leyes a las realidades profesionales.
- 3º. La función compensadora frente a la posición de mayor poder del empresario en las relaciones individuales de trabajo.

³ BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018.

⁴ En extenso, sobre las novedades incluidas por el RDL 6/2019 puede verse a FABREGAT MONFORT, G.: *Obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.

Sin embargo, esta importancia de la negociación colectiva en la consecución de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en las relaciones laborales ha venido contrastando con la no implicación de muchos convenios colectivos e incluso con la existencia de discriminaciones en sus articulados, todo ello como consecuencia de la confabulación de algunas circunstancias como la escasa participación femenina en las mesas de negociación, la deficiente preparación de los negociadores colectivos en materia de igualdad, la relegación de la igualdad frente a los temas retributivos, o el arrastre de normas procedentes de situaciones pretéritas⁵.

Lo anterior, unido a las dudas interpretativas que a menudo surgían desde el inicio de la negociación ha conllevado cierta inseguridad jurídica durante los procesos negociadores e incluso la nulidad de algunos planes de igualdad. En los últimos años, estas cuestiones se han judicializado a través de procedimientos de conflicto colectivo, lo que ha permitido que los tribunales hayan podido dar respuesta a estas dudas y hayan exigido la buena fe en la negociación y, de no haberla, hayan declarado la vulneración de derechos fundamentales exigiendo la reparación de los daños causados.

A lo largo de este artículo, además del obligado estudio normativo, se analizarán las principales sentencias sobre planes de igualdad dictadas por las salas de lo social del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional, hasta la actualidad. Otra fuente fundamental para el estudio de los problemas que surgen en torno a la negociación colectiva de los planes de igualdad será la doctrina científica más relevante en esta materia, viendo los distintos enfoques dados por los autores respecto a las cuestiones más controvertidas. Todo ello, permitirá alcanzar algunas conclusiones que se expondrán como cierre de este artículo.

1.1. Ámbito de negociación

El espacio natural para la negociación de medidas que promuevan la igualdad de los trabajadores y trabajadoras en la empresa es el convenio colectivo, ya sea de empresa o superior a la empresa, tal y como se deduce de los apartados primero y segundo del artículo 85 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Este artículo se refiere al “deber de negociar en los convenios colectivos medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito laboral o, en su caso, planes de igualdad con el alcance y contenido previsto en el capítulo III del título IV de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”.

Ahora bien, el plan de igualdad se podrá negociar como parte de un convenio colectivo de ámbito empresarial o, si el convenio colectivo es de ámbito superior a la empresa, a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad.

⁵ LOUSADA AROCHENA, J. F.: “El marco normativo de la negociación colectiva de medidas de igualdad de mujeres y hombres” en LOUSADA AROCHENA, J. F. (Coord.): *El principio de igualdad y la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración - Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008, pp. 29 y 30.

Puede decirse que, en realidad, los convenios colectivos marcan, de una manera u otra, el devenir de los planes de igualdad de las empresas, pudiendo asumir cuatro funciones distintas:

1. Obligar a las empresas a implantar un plan de igualdad.
2. Recomendar a las empresas que negocien un plan de igualdad.
3. Regular él mismo el plan de igualdad.
4. Regular una serie de medidas que, sin llegar a constituir un plan de igualdad, serván las que garantizarán la igualdad entre hombres y mujeres⁶.

En definitiva, los planes de igualdad podrán negociarse como parte de un convenio colectivo de empresa o como un acuerdo colectivo de empresa, y en la mayoría de los casos se opta por esta segunda vía, ya que la negociación del diagnóstico y la de las medidas de igualdad requiere un tiempo y una dedicación que la negociación del convenio no permitiría.

Al igual que ocurre con los convenios colectivos, el ámbito funcional y personal del plan de igualdad no siempre va a coincidir con la empresa y con los trabajadores contratados por la empresa. Ciento es que la LOI cuando se refiere a las obligaciones en materia de igualdad lo hace en referencia directa a las empresas y a sus trabajadores y trabajadoras, pero en la práctica estos ámbitos pueden sobrepasar el de la propia empresa y el de sus trabajadores. Así, cada vez son más numerosos los planes de igualdad de grupos de empresa; este tipo de planes encuentra amparo en la libertad de elección del nivel de negociación, como elemento integrante del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, consagrado en el artículo 37.1 CE, y también en la aceptación ya generalizada de la negociación y validez de los denominados convenios de grupos de empresa, asimilación esta que puede entenderse referida a todos los ámbitos del sistema de negociación colectiva, incluido el de la concertación de planes de igualdad. La naturaleza jurídica esencial de los planes de igualdad de grupos de empresa radica en la consideración del grupo de empresa como una unidad empresarial, no obstaculizando tal consideración la existencia de una pluralidad de razones sociales, que revistan, cada una, la forma de sociedad mercantil y tengan una personalidad jurídica diferenciada. En definitiva, se trata de mantener un marco único para todas las empresas del grupo en lo relativo a planes de igualdad⁷. Sin oponerse a lo anterior, algunos autores han matizado que estos planes de igualdad que se negocian a nivel supraempresarial necesariamente deberán ser una suerte de acuerdo marco que fije los mínimos en este ámbito supraempresarial pero posibilitando, en cualquier caso, su adaptación en ámbitos inferiores⁸.

⁶ FABREGAT MONFORT, G.: "Habilidades y competencias en materia de negociación colectiva con incidencia en el ámbito de la igualdad según Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres" en *Gestión Práctica de los Planes de Igualdad*, Editorial Bomarzo, 2009, p. 177.

⁷ Considera que los Planes de Igualdad que se negocian a nivel supraempresarial necesariamente deberán ser una suerte de acuerdo marco. Se trataría de articular la negociación colectiva de "arriba-abajo. Fijando los mínimos en este ámbito supraempresarial pero posibilitando, en cualquier caso, su adaptación en ámbitos inferiores.

⁸ FABREGAT MONFORT, G.: "La negociación de los planes de igualdad", *La Ley Digital*, p. 26 (La Ley 1759/2013).

En lo que al ámbito personal del plan de igualdad se refiere, cabe decir que alcanzará no solo a los trabajadores que estén contratados por la empresa o empresas del ámbito funcional correspondiente, sino también a los trabajadores cedidos que presten sus servicios a través de empresas de trabajo temporal legalmente constituidas.

El artículo 11.1 de la Ley de Empresas de Trabajo Temporal dispone que “los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias tendrán derecho a que se les apliquen las mismas disposiciones que a los trabajadores de la empresa usuaria en materia de protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los menores, así como a la igualdad de trato entre hombres y mujeres y a la aplicación de las mismas disposiciones adoptadas con vistas a combatir las discriminaciones basadas en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual”. Pues bien, el Tribunal Supremo ha interpretado este artículo y ha considerado que a los trabajadores cedidos les resulta de aplicación (de forma complementaria), además de las medidas del plan de igualdad de la empresa de trabajo temporal a la que pertenezcan, las del plan de igualdad de la empresa usuaria en la que prestan sus servicios⁹.

1.2. Constitución de la mesa negociadora

Una de las cuestiones nucleares para la negociación del plan de igualdad es la constitución de la mesa negociadora. Sobre el particular, ni la LOI ni el RDL 6/2019 han establecido los criterios que han de regir. No obstante lo anterior, la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ya ha dejado claro que la elaboración de los planes de igualdad es una manifestación propia de la negociación colectiva que se encomienda a las comisiones negociadoras de la empresa¹⁰; y ha matizado que estas comisiones deben asegurar la representatividad de todos los trabajadores de la empresa en los términos previstos en los artículos 87, 88 y 89 ET.

De esta manera, si el plan de igualdad se negocia como parte de un convenio colectivo de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dicho convenio. Cuando el plan de igualdad no se acuerde dentro de la negociación del convenio colectivo, deberá negociarse con los representantes unitarios o sindicales que representen a la totalidad de los trabajadores de la empresa, ya que solo así podrá desplegar efectos generales¹¹.

Lo anterior supone que la mesa negociadora debe resultar constituida en atención a los criterios y reglas establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores para los convenios colectivos de carácter estatutario. Y, en este espacio legal, como elemento fundamental se encuentra la determinación de la legitimación (tanto inicial como plena)

⁹ STS 13 de noviembre de 2019 (rec. 75/2018) que confirma la SAN de 11 de diciembre de 2017 (proced. 278/2017). Sobre esta última sentencia puede verse a ESTÉVEZ GONZÁLEZ, C.: “Un importante avance en la equiparación de derechos de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y un salto cualitativo en materia de igualdad entre mujeres y hombres”, *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018.

¹⁰ SAN de 26 junio de 2019 (proced. 101/2019).

¹¹ SAN de 16 de septiembre de 2015 (proced. 267/2015), confirmada por STS de 9 de mayo de 2017 (rec. 85/2016).

de los componentes de la mesa negociadora y el ineludible cumplimiento del principio de correspondencia, que supone que los representantes de los trabajadores – unitarios y/o sindicales – que componen la mesa negociadora deben serlo de todos los centros de trabajo y sujetos a su ámbito funcional y personal.

Sin embargo, esta exigencia de que la negociación del plan de igualdad se acometa por quienes tienen la representación de la totalidad de la plantilla no se da para la comisión encargada de hacer el seguimiento del plan de igualdad durante la vigencia del mismo, ya que la doctrina jurisprudencial ha mantenido que no se vulnera la libertad sindical de un sindicato, que no habiendo participado en la negociación del convenio, cuya negociación se realizó con el comité de empresa, no forma parte de la comisión de igualdad del convenio, nombrada por el comité que negoció el convenio¹². Y todo ello, siempre y cuando se trate de comisiones de seguimiento, sin capacidad negociadora y meramente aplicativas¹³.

Sin embargo, si de lo que se trata es de negociar el nuevo plan de igualdad, entonces la comisión de seguimiento del plan anterior carecerá de legitimación si sus funciones son de mera administración y aplicación del plan y no tiene reconocidas funciones negociadoras¹⁴.

1.3. Representación unitaria o representación sindical

Como hemos anticipado, la legitimación para negociar un plan de igualdad, ya sea inserto en el propio Convenio Colectivo de empresa (si lo hubiere), o como un acuerdo de empresa, ha de cumplir las reglas de legitimación del artículo 87 ET (en sus distintos ámbitos). Esta norma atribuye la legitimación, en representación de los trabajadores, para negociar los convenios de empresa al comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité; y también aclara que la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

En conclusión, para negociar un plan de igualdad estará legitimada tanto la representación unitaria (comités de empresa o delegados/as de personal) como la representación sindical (secciones sindicales legalmente constituidas y que tengan presencia en los órganos de representación unitaria). O dicho de otra manera, la legitimación exigible para negociar un plan de igualdad es la misma que la que se exige para negociar un convenio colectivo de empresa.

La decisión de qué tipo de representación de los trabajadores (unitaria o sindical) es la que negocia no corresponde a la parte empleadora. La empresa (cuando parte de ella la iniciativa de negociar un plan de igualdad) deberá limitarse a solicitar a la representa-

¹² STS de 24 de enero de 2012 (rec. 22/2011), que confirmó SAN 11 de noviembre de 2010 (proced. 157/2010) y STS 25 de junio de 2010 (rec. 78/2009), que confirmó SAN de 6 de mayo de 2009 (proced. 19/2009).

¹³ SSTS de 30 de mayo de 2018 (rec. 147/2017) y 19 de enero de 2010 (rec. 142/2008).

¹⁴ SAN de 26 de junio de 2019 (proced. 101/2019).

ción de los trabajadores la constitución de la comisión de igualdad. Lo normal será que se respete lo que haya venido siendo la práctica habitual en la empresa, esto es, si habitualmente ha venido negociando la representación unitaria, lo normal será negociar con dicha representación y viceversa.

Cuando en todos los centros de trabajo haya representantes legales de los trabajadores, la composición de la comisión negociadora del plan de igualdad, en lo que a la parte social respecta, deberá ajustarse a la proporcionalidad de la representación sindical. Ahora bien, el problema puede surgir cuando la empresa tenga centros de trabajo donde no haya representantes de los trabajadores, y otros en los que sí exista esta representación. En estos casos, los representantes legales de los trabajadores de los centros que sí tienen esta representación unitaria, no pueden representar a los trabajadores de otros centros que no la tienen¹⁵, por lo que, por imperativo del principio de correspondencia, la única solución legalmente segura será la de acudir a la opción de que la comisión negociadora del plan de igualdad se forme, en lugar de por la representación unitaria, por las secciones sindicales, si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los representantes unitarios de la empresa¹⁶.

Pero también la jurisprudencia ha admitido que dicha negociación pueda ser asumida por los sindicatos directamente, siempre que acrediten la mayoría precisa para ello y aunque no hayan constituido secciones sindicales, al haberse entendido que la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones sindicales es un problema de legitimación interna del sindicato¹⁷.

Ahora bien, lo que no puede considerarse técnicamente correcto es acudir, en estos casos en los que no todos los centros tienen representación unitaria o no la tiene ninguno, a conformar comisiones al estilo de las previstas en el artículo 41.3 ET para la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo. Este artículo permite que cuando el procedimiento afecta a centros de trabajo que sí tienen representación legal de los trabajadores y a otros que no la tienen, pueda actuar como interlocutores de estos últimos (por designación), una comisión representativa que estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos representantes. Y ello, salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores y elegida por estos democráticamente, en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de la comisión, en proporción al número de trabajadores que representen; y para el caso en el que ninguno de los centros de trabajo cuente con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa estará integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados, en proporción al número de trabajadores que representen. Esta posibilidad de negociar con una comisión *ad hoc*, ha sido extendida también, para empresas de plantilla

¹⁵ GÁRATE CASTRO, F. J.: "Negociación colectiva", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 208, pp. 165, 2018.

¹⁶ STS de 19 de diciembre de 2016 (rec. 195/2016) que confirmó la SAN de 11 de mayo de 2016 (proced. 158/2015).

¹⁷ STS de 27 de septiembre de 2017 (rec. 121/2016) que confirmó la SAN de 27 de enero de 2016 (proced. 328/2015).

reducida en las que no existe representación legal de los trabajadores, a negociar con la totalidad de la plantilla, cuando voluntariamente opten por no designar la comisión representativa¹⁸.

Pues bien, estas soluciones que podrían ser la más sencillas, carecen a día de hoy de cobertura legal, al no poderse hacer extensivo lo regulado para los procedimientos de modificaciones sustanciales de condiciones a la negociación de los planes de igualdad, ya que cuando el legislador ha querido hacer sustanciar la remisión al citado artículo lo ha hecho expresamente, como ocurre con el artículo 82.3 ET (referido a la negociación del descuelgue de convenio), y sin embargo no ocurre en el caso de la negociación de los planes de igualdad¹⁹.

La solución podría ser sencilla, y previsiblemente puede venir de la mano del próximo desarrollo reglamentario del RDL 6/2019, dando legitimidad para negociar el plan de igualdad a las comisiones *ad hoc*, en aquellas empresas o centros de trabajo que no tengan representación legal de los trabajadores.

2. La elaboración del diagnóstico en la mesa de negociación y su negociación

El artículo 46.1 LOI deja claro que el plan de igualdad se hará siempre “después de realizar un diagnóstico de situación”. Solo a resultas de la información que facilita el diagnóstico puede hacerse un plan de igualdad efectivo, porque solo sabiendo las carencias que tiene la empresa en materia de igualdad se pueden fijar los objetivos concretos que deben perseguirse durante la vigencia del plan y las medidas que van a hacer posible conseguir los objetivos que las partes negociadoras acordaron. En definitiva, el plan deberá cohonestarse con los resultados mostrados en el diagnóstico de situación y con las conclusiones que se obtengan del mismo²⁰.

Dispone el artículo 46.2 LOI que la elaboración del diagnóstico se realizará en el seno de la Comisión Negociadora del Plan de Igualdad, para lo cual, la Dirección de la empresa facilitará todos los datos e información que resulte necesaria para elaborar el mismo. Además, puntualiza que ese diagnóstico será “negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras”. La expresión “en su caso” parece que podría estar dejando fuera de la obligación de negociar el diagnóstico de igualdad en las empresas en las que no haya representación legal de los trabajadores²¹. No obstante lo anterior, y aunque no existiera en ese caso obligación de negociar el diagnóstico, sí que sería importante negociarlo si la empresa piensa solicitar el distintivo “Igualdad en la Em-

¹⁸ STS de 10 de octubre de 2019 (rec. 966/2017).

¹⁹ En este sentido, véase la SAN de 10 de diciembre de 2019 (proced. 163/2019).

²⁰ FABREGAT MONFORT, G.: “La negociación colectiva de los planes de igualdad”, *Revista de treball, economia i societat*, núm. 45, 2007, pp. 9-17.

²¹ FABREGAT MONFORT, G.: “La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial”, *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019, p. 215. Considera la autora que “si las empresas pueden implantar un plan de igualdad sin tener representantes de los trabajadores, también pueden elaborar un diagnóstico sin negociarlo con estos, entre otras, porque ni existen en la empresa ni existe obligación legal de que existan”.

presa”, ya que las distintas convocatorias recogen como uno de los criterios de valoración a tener en cuenta “la participación de la representación legal del personal, si la hubiere, y de la plantilla en su conjunto, tanto en el diagnóstico, como en el diseño de las medidas que integren el Plan de Igualdad o las políticas de igualdad, y su control y evaluación”²². Es decir, para la concesión del mencionado distintivo se valora positivamente que la empresa negocie el diagnóstico y las medidas del plan con la “plantilla en su conjunto” cuando no haya representación legal de los trabajadores en la empresa, y ello aunque no se concrete en ninguna norma cómo debe articularse esa negociación.

Por otra parte, el artículo 46.2 LOI al decir que “se elaborará un diagnóstico negociado, en su caso, con la representación legal de las personas trabajadoras”, podría estar incurriendo en una *contradictio in terminis*, dado que el concepto de representación legal incluiría indistintamente a la representación unitaria y a la sindical, cuando el artículo 45.2 LOI dice que el plan de igualdad deberá ser objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral, la cual da preferencia a la representación sindical frente a la legal²³.

Las materias sobre las que versará el diagnóstico serán, al menos, las siguientes:

- a) Proceso de selección y contratación.
- b) Clasificación profesional.
- c) Formación.
- d) Promoción profesional.
- e) Condiciones de trabajo, incluida la auditoría salarial entre mujeres y hombres.
- f) Ejercicio corresponsable de los derechos de la vida personal, familiar y laboral.
- g) Infrarrepresentación femenina.
- h) Retribuciones.
- i) Prevención del acoso sexual y por razón de sexo.

No obstante, esta relación de materias no constituye una lista cerrada, de tal manera que el diagnóstico puede abordar también otras materias relacionadas con la igualdad que puedan ser planteadas en la mesa de negociación en atención a las circunstancias concretas de la empresa o del sector al que pertenece, por ejemplo, la posible afectación de la violencia de género en las trabajadoras de la empresa.

En definitiva, el diagnóstico debe ser un instrumento que permita conocer la situación de la empresa en materia de igualdad y que sirva como soporte informativo y punto de partida en la definición del plan de igualdad. Su finalidad debe ser, por un lado, la de identificar los puntos de mejora a partir de la identificación de la existencia de desigualdades, y por otro lado, la de proponer objetivos y medidas que hagan desaparecer las deficiencias detectadas en materia de igualdad.

²² Art. 7. 1. a) 6º de la Orden SSI/113/2018, de 6 de febrero, por la que se convoca la concesión del distintivo “Igualdad en la Empresa” correspondiente al año 2017 y de la Orden PCI/120/2019, de 31 de enero, por la que se convoca la concesión del distintivo “Igualdad en la Empresa” correspondiente al año 2018.

²³ FABREGAT MONFORT, G.: “La obligada negociación...”, *op. cit.*, p. 216.

En el seno de la comisión negociadora se deberá acordar la forma en la que se va a llevar a cabo la elaboración del diagnóstico, pudiendo dar intervención a empresas consultoras que faciliten el trabajo de la comisión u optar por realizar el análisis de la información internamente, ya sea empresa y sindicatos conjuntamente o por separado, para posteriormente contrastar y negociar las conclusiones alcanzadas.

3. La obligación legal de negociar el plan de igualdad

3.1. Contenido de la obligación de negociar

El deber de negociar el plan de igualdad se articula a través de la negociación colectiva, de tal forma que si la empresa tiene convenio colectivo de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dicho convenio, y si la empresa aplica un convenio colectivo de ámbito superior, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa, pero en los términos y condiciones que se hubieran establecido en el convenio de aplicación (art. 85.2 ET).

No basta la mera consulta a los representantes de los trabajadores²⁴. Lejos quedan ya los primeros planes de igualdad que se hicieron en los meses siguientes a la aprobación de la Ley de Igualdad, cuando las empresas una vez realizado el diagnóstico y redactado el plan de igualdad, lo presentaban a la representación legal de los trabajadores para que lo aprobaran sin mucha más discusión. Esta práctica partía de la creencia de que, dado que la obligación de negociar no implica la de obtener la aprobación del plan, ante el mínimo gesto de hostilidad mostrado por la representación legal de los trabajadores, la empresa podía dar por concluida la negociación e implantar de forma unilateral el plan de igualdad. Esas prácticas del inicio ya no caben hoy, a la vista de la doctrina judicial que se ha ido dictando en estos últimos años. El artículo 45.1 LOI impone el deber de negociar, y en su caso acordar, medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. Y más específicamente, para las empresas de cincuenta o más trabajadores, exige la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral²⁵.

Pues bien, no cabe duda de que la empresa no puede imponer unilateralmente un plan de igualdad a sus trabajadores y trabajadoras, sin que antes lo haya negociado con sus representantes legales. Ahora bien, en muchas ocasiones el problema surge cuando las negociaciones se interrumpen por diferencias y desavenencias varias. En esos casos en los que las negociaciones se frustran o se interrumpen por la representación legal de los

²⁴ ARENAS VIRUEZ, M.: "El estado de la negociación colectiva en materia de planes de igualdad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2010, p. 9 (BIB 2010/368).

²⁵ Conforme a la Disposición Transitoria décimo segunda del RDL 6/2019, las empresas de más de ciento cincuenta personas trabajadoras y hasta doscientas cincuenta personas trabajadoras contarán con un periodo de un año (desde el 7 de marzo de 2019) para la aprobación de los planes de igualdad. Las empresas de más de cien y hasta ciento cincuenta personas trabajadoras, dispondrán de un periodo de dos años y las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad.

trabajadores, no es nada aconsejable que la empresa decida dar por concluida la negociación y considere ya implantado el plan de igualdad.

La empresa, si quiere evitar que se pueda llegar a declarar la nulidad del plan de igualdad, deberá poder acreditar que ha agotado todos los medios de solución judicial o extrajudicial del conflicto. Así se ha mantenido por el Tribunal Supremo en un caso en el que no se pudo llegar a constituir la comisión negociadora del plan de igualdad, al negarse a sentarse en la mesa la mayoría de las representaciones sindicales por considerar que la empresa había incurrido en graves irregularidades²⁶. Considera el tribunal que esa negativa de las secciones sindicales no habilitaba a la empresa a imponer unilateralmente el plan de igualdad, y que con carácter previo a esa imposición unilateral la empresa debería haber agotado los medios de solución judicial o extrajudicial del conflicto, acudiendo a la mediación del comité paritario del convenio o instando ante los tribunales el oportuno conflicto colectivo para exigir el cumplimiento del deber de negociar de buena fe, que también a la representación legal de los trabajadores le viene impuesto por el artículo 89.1º y 2º ET.

Especial referencia cabe hacer a la negociación de medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres, también conocidas como de discriminación positiva. Este tipo de medidas están expresamente admitidas por el artículo 43 LOI cuando se establecen mediante la negociación colectiva. Además, recientemente, el RDL 6/2019 ha modificado el artículo 17 ET para establecer la legalidad de las reservas y preferencias en las condiciones de contratación, de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que en igualdad de condiciones de idoneidad tengan preferencia las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate. La inclusión de este tipo de cláusulas tiene una evidente finalidad correctora de la situación de desigualdad, toda vez que su objetivo es lograr la paridad o equilibrio en las posibilidades de promoción profesional de las mujeres y en los indicadores de segregación ocupacional²⁷. Las medidas de acción positiva que con más frecuencia se recogen en los convenios colectivos son, por este orden, las relativas a contratación, promoción, adaptación de la jornada, formación y por último, retribución. No obstante lo anterior, la posibilidad de poder adoptar acciones positivas no ha sido suficientemente explotada en pos de la igualdad²⁸.

Por último, y en relación a la negociación de medidas específicas para prevenir el acoso sexual y por razón de sexo, cabe decir que el artículo 48 LOI no solo obliga a la empresa a negociar con los representantes de los trabajadores medidas para prevenir el acoso sexual y el acoso por razón de sexo en el trabajo, tales como la elaboración y difusión de códigos de buenas prácticas y la realización de campañas informativas o acciones

²⁶ STS de 2017 (rec. 85/2016), que confirma la SAN de 16 de septiembre de 2015 (proced. 167/2015).

²⁷ NIETO ROJAS, P.: "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, p. 77, 2019.

²⁸ MORARU, G. F.: "Sobre las proyecciones convencionales de la igualdad en la clasificación y promoción profesionales: luces y sombras", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, p. 172, 2019.

de formación, sino que encomienda a los representantes de los trabajadores el deber de contribuir a prevenir esos tipos de acoso mediante la sensibilización de los trabajadores y trabajadoras frente al mismo y la información a la dirección de la empresa de las conductas o comportamientos de que tuvieran conocimiento y que pudieran propiciarlo.

3.2. Obligación de medios, no de resultado

La obligación legal de negociar el plan de igualdad es una obligación de medios no de resultado. Lo anterior supone que no necesariamente la negociación acabará con un acuerdo, aunque eso siempre será lo más deseable. Así pues, la obligación es de negociar, no de convenir²⁹. Pero existe una excepción en la que sí puede ser una obligación de resultado. Es cuando el convenio colectivo de aplicación exija que se alcance acuerdo entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, como ocurría, por ejemplo, en el convenio colectivo de *Contact Center* de 2012³⁰ que recogía una cláusula del siguiente tenor:

Artículo 87. Garantía de Igualdad de oportunidades y Planes de Igualdad.

“Las empresas realizarán y llevarán a cabo sus mejores esfuerzos para lograr la igualdad de oportunidades en todas sus políticas, en particular la igualdad de género adoptando medidas dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre hombres y mujeres.

En el caso de empresas de más de 250 trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el párrafo anterior, y siempre que exista acuerdo en cada empresa entre la Dirección y los representantes legales de los trabajadores, se establecerán a través de la elaboración de un Plan de Igualdad, que deberá ser objeto de desarrollo en los términos y condiciones establecidos legalmente”.

Esta cláusula fue interpretada por la Audiencia Nacional en el sentido de que era obligatorio alcanzar acuerdo para poder implantarse un plan de igualdad en la empresa y, por tanto, que no bastaba demostrar que había existido verdadera negociación, ya que la ausencia de acuerdo era, por si sola, determinante de la nulidad del plan de igualdad.

Así pues, debe tenerse muy en consideración lo acordado en los convenios colectivos sectoriales, al respecto de las obligaciones en materia de igualdad, ya que cláusulas como la citada anteriormente pueden poner a la empresa en serio peligro de tener que ceder ante cualquier presión de la representación legal de los trabajadores para ver aprobado el plan de igualdad. Sirve como ejemplo lo ocurrido con este mismo convenio de *Contact Center*, que en su versión aprobada en 2017³¹ ya no hizo mención a que fuera necesario al-

²⁹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M. T.: “Los planes de igualdad. Erradicación de discriminaciones directas e indirectas en la negociación colectiva. Problemas de legitimación procesal y procedural”, *Actum Social*, núm. 11, 2008, p. 6 y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Un «nuevo» contenido en los convenios colectivos: los planes de igualdad entre hombres y mujeres”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2008, p. 3.

³⁰ Resolución de 12 de julio de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *Contact Center* (BOE núm. 179, de 27 de julio de 2012).

³¹ Resolución de 29 de junio de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Convenio colectivo de ámbito estatal del sector de *Contact Center* (BOE núm. 165, de 12 de julio de 2017).

canzar acuerdo en la negociación del plan, siendo la nueva cláusula recogida en el artículo 87.4 del siguiente:

“Las empresas de más de doscientas cincuenta personas en plantilla, deberán elaborar y aplicar un plan de igualdad con el alcance y contenidos referidos en la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Dicho plan deberá ser objeto de negociación con la representación legal de los trabajadores, en la forma que se determine en la legislación laboral”.

En definitiva, el carácter negociado del plan de igualdad es un requisito de validez del mismo, y el que sea preceptivo el acuerdo previo a su implantación solo lo será si se impone por convenio colectivo. En ambos casos, el no cumplimiento de la obligación podrá suponer la declaración de nulidad del plan de igualdad.

3.3. La vulneración del derecho de libertad sindical por no negociar de buena fe

Como ya adelantábamos, el artículo 45.2 LOI, dispone que:

“En el caso de las empresas de cincuenta o más trabajadores, las medidas de igualdad a que se refiere el apartado anterior deberán dirigirse a la elaboración y aplicación de un plan de igualdad, con el alcance y contenido establecidos en este capítulo, que deberá ser asimismo objeto de negociación en la forma que se determine en la legislación laboral”.

Además, el artículo 7.13 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS), califica de falta grave el incumplimiento de “las obligaciones que en materia de planes de igualdad establece la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación”. Por su parte, el artículo 85.2 ET dice:

“A través de la negociación colectiva se articulará el deber de negociar planes de igualdad en las empresas de más de doscientos cincuenta trabajadores de la siguiente forma:

- a) En los convenios colectivos de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dichos convenios.
- b) En los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, el deber de negociar se formalizará a través de la negociación colectiva que se desarrolle en la empresa, en los términos y condiciones que se hubieran establecido en los indicados convenios para cumplimentar dicho deber de negociar a través de las oportunas reglas de complementariedad”.

Así pues, de la conjunción de todas estas normas, no cabe duda de que la negociación del plan de igualdad constituye un derecho de los representantes legales de los trabajado-

res y, por tanto, una obligación ineludible para la empresa. Evitar o ignorar la obligación de negociar el plan de igualdad constituye un incumplimiento que puede ser sancionado por la Inspección de Trabajo como falta grave; pero no solo eso, caben otras consecuencias que pueden venir por la vía judicial.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo han considerado que si la empresa no negocia el plan de igualdad, o lo hace de mala fe, incurre en una conducta antisindical susceptible de tutela judicial efectiva y, con ello, en una vulneración del derecho a la libertad sindical, pudiendo conllevar, adicionalmente a la declaración de nulidad del plan de igualdad, la condena a abonar una indemnización al sindicato accionante por los perjuicios que le han sido causados³². Esta indemnización, de ser solicitada por el sindicato en su demanda, deberá fundarse en la existencia de un perjuicio concreto, a fin de no generar indefensión a la contraparte³³.

La mala fe en la negociación, y por tanto, la vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de derecho a la negociación colectiva, también puede venir dada por una actitud impeditiva que suponga una ralentización de la negociación, al retrasar sistemáticamente la entrega de la documentación³⁴.

En definitiva, recae sobre la empresa la carga de la prueba de haber negociado de buena fe con los representantes legales de los trabajadores la aprobación del plan de igualdad y, en caso de ruptura de esas negociaciones, de haber agotado todos los medios de solución extrajudicial y judicial que tenía a su alcance. De no acreditarse lo anterior, podrá considerarse que la negociación del plan no fue de buena fe y eso conllevará la nulidad del mismo; consecuencia lógica teniendo en cuenta que la actividad sindical de negociación forma parte del contenido esencial del derecho a la libertad sindical, tal como viene definido en el artículo 6.3.b) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical³⁵.

4. Acciones judiciales para exigir el cumplimiento de la obligación de negociar

El plazo de vigencia de un plan de igualdad no está fijado por la normativa legal, pero puede establecerse por convenio colectivo. Dicho esto, un plan de igualdad es un conjunto de medidas ordenadas y dirigidas a evitar cualquier tipo de discriminación laboral entre mujeres y hombres. En el plan se tienen que fijar los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y las prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados.

Lo anterior hace que el plan deba ser un documento dinámico, ya que deberá en todo momento ser acorde con la situación real de la empresa y esta situación puede ir

³² En la SAN de 7 de junio de 2017 (rec. 119/2017) se condenó a la empresa demandada a abonar una indemnización de 6.000 euros por considerar que había negociado, pero lo había hecho de mala fe.

³³ SAN de 17 de febrero de 2012 (rec. 245/2011).

³⁴ STS de 13 de septiembre de 2018 (rec. 213/2017) donde la empresa no entrega los documentos necesarios para hacer el diagnóstico de situación y solo lo hace tras ser denunciada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

³⁵ STS de 13 de septiembre de 2018 (rec. 213/2017) que se refiere, en relación a este derecho, a la doctrina constitucional recogida en las SSTC 3/81, 70/82, 75/92, 18/94 y 107/00.

cambiando a lo largo del tiempo. Desde este punto de vista, los planes de igualdad tienden a tener plazos de vigencia que van entre los dos y los cuatro años, ya que se considera que una vigencia inferior a dos años podría ser insuficiente para poder acometer los objetivos fijados y medir el resultado de las medidas adoptadas, mientras que más de cuatro años de vigencia podría suponer que la realidad que puso de manifiesto el diagnóstico inicial queda obsoleta y conlleva que el plan devenga ineficaz.

Ocurre con frecuencia que hay empresas que pese a tener planes de igualdad que ya han perdido su vigencia los mantienen prorrogados en la creencia de que no están incumpliendo las obligaciones legales en materia de igualdad. Pues bien, el Tribunal Supremo ha declarado ya el derecho a constituir la mesa negociadora con la finalidad de negociar un nuevo plan de igualdad en supuestos en los que tras producirse elecciones sindicales en la empresa pasa a existir representación legal de los trabajadores, y ello al considerarse que el plan de igualdad que la empresa entendía prorrogado se encontraba ya vencido y había sido establecido sin previa negociación con los representantes legales de los trabajadores, al no existir en ese momento³⁶.

5. Acciones judiciales para exigir el cumplimiento de lo acordado en la negociación colectiva de un plan de igualdad

Nadie duda ya de que las medidas que se incluyen en el plan de igualdad deben ser cumplidas, y de que obligan a la empresa de la misma forma que le obliga el clausulado del convenio colectivo que le resulta de aplicación. Así, el plan de igualdad tiene idéntica eficacia jurídica que la que tienen los convenios colectivos estatutarios o los acuerdos de empresa, siempre y cuando hayan sido pactados por sujetos con legitimación para negociar³⁷. Por ello, el incumplimiento del plan de igualdad puede acarrear serias consecuencias para la empresa, si los sindicatos o los trabajadores deciden acudir a los tribunales, como ya han hecho en reiteradas ocasiones.

Para evaluar el nivel de cumplimiento de cada medida, se incluyen en el plan los indicadores correspondientes y el plazo de implementación acordado para cada medida. Los indicadores fijados suelen consistir en datos o información que la empresa debe recoger para proporcionárselos a la comisión de seguimiento del plan de igualdad.

El problema surge tanto cuando la empresa, en el plazo previsto, no da la información a la comisión de seguimiento (o la da incompleta), como cuando con la información facilitada por la empresa se constata que no se han cumplido las medidas del plan de igualdad. Ante estos supuestos, los sindicatos pueden iniciar acciones legales denunciando el incumplimiento de la empresa y exigiendo el cumplimiento de lo acordado en el plan de igualdad.

La acción procesal que deberán interponer es la de conflicto colectivo, ya que conforme al artículo 17.2 LRJS, los sindicatos con implantación suficiente en el ámbito del

³⁶ STS de 14 de febrero de 2017 (rec. 104/2016).

³⁷ POQUET CATALÁ, R.: "Doctrina judicial en torno a la elaboración y negociación del plan de igualdad", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 54, 2019, p. 95.

conflicto están legitimados para actuar en defensa del derecho a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en todas las materias atribuidas al orden social. El órgano jurisdiccional competente será la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional si la empresa tiene un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma (artículo 8.1. LRJS); el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma cuando la empresa tenga un ámbito territorial superior al de la circunscripción de un Juzgado de lo Social y no superior al de la Comunidad Autónoma (artículo 7.a LRJS), y los Juzgados de lo Social de la ciudad donde se encuentre la empresa, cuando solo tenga centros de trabajo en el ámbito territorial correspondiente a la circunscripción de un Juzgado de lo Social (artículo 6.1 LRJS).

Suele ser habitual, que sean uno o varios sindicatos los que inicien las acciones legales, para, posteriormente, acabar adhiriéndose el resto de sindicatos con representación en la empresa. La demanda de conflicto colectivo deberá especificar qué información ha dejado de entregar la empresa en el plazo acordado y/o qué medidas del plan no han sido cumplidas pese a haberse superado ya el plazo para su implantación. Además, en el Suplico de la demanda, se solicitará al órgano jurisdiccional que condene a la empresa al inmediato cumplimiento. En la sentencia que se dicte por el correspondiente tribunal se acabará estimando o desestimando la demanda, en función de la prueba practicada por las partes que pondrá de manifiesto si la empresa cumplió de forma suficiente o no, con los compromisos adquiridos en el plan de igualdad.

Es frecuente que los procedimientos de conflicto colectivo que se siguen por incumplimientos relativos a planes de igualdad terminen con un acuerdo alcanzado en la previa mediación celebrada ante el órgano administrativo correspondiente. Si la empresa cumple lo acordado en la mediación el tema no tiene más recorrido, pero si la empresa no cumple, entonces los sindicatos demandantes solicitarán la ejecución judicial del acuerdo alcanzado en fase administrativa.

Cuando en la fase administrativa no se consigue alcanzar un acuerdo, ni tampoco en la conciliación previa al acto del juicio, el procedimiento continúa hasta que el tribunal competente dicta sentencia estimando o desestimando la demanda. En caso de estimar la demanda, la sentencia condenará a la empresa al inmediato cumplimiento de las medidas incumplidas. Y si la empresa no cumple con el fallo de la sentencia, o la parte demandante considera que el cumplimiento ha sido defectuoso, por ejemplo por haber facilitado una información distinta a la que se señaló como indicador en el plan de igualdad, la parte demandante instará la ejecución de la sentencia, presentando la correspondiente demanda. Pues bien, abierta la fase de ejecución, ya sea del acuerdo administrativo, ya sea de la sentencia judicial, el incumplimiento de la empresa ya puede ocasionarle consecuencias de índole económica en forma de apremios pecuniarios.

Los apremios pecuniarios por no cumplir las resoluciones judiciales tienen amparo en el artículo 75.5 LRJS, y pueden ser impuestos cuando la empresa no acredita motivos que justifiquen su incumplimiento, pudiendo ser de diferentes cuantías, lo cual dependerá de la valoración que el tribunal haga sobre la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, si bien la cantidad fijada en concepto de apremio no podrá ex-

ceder, por cada día de atraso en el cumplimiento, de la suma de 300 euros, conforme al artículo 241.2º LRJS³⁸.

También pueden acudir los sindicatos a la demanda de conflicto colectivo cuando la empresa deje de aplicar unilateralmente alguna medida del plan de igualdad que hasta entonces había venido siendo aplicada, así ocurrió en un caso en el que la empresa suprimió un plus adicional sobre el crédito horario reconocido a una sección sindical y derivado del plan de igualdad, condenándose a la empresa a reponer el crédito horario adicional al considerarlo paralelo a la vigencia del plan³⁹.

6. El registro de los planes de igualdad negociados

La LOI en el momento de su publicación no preveía de forma específica el registro de los planes de igualdad. Sin embargo con la entrada en vigor del Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo⁴⁰, se dejó claro que pueden ser objeto de inscripción en los registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, de las autoridades laborales competentes, tanto los acuerdos sectoriales que establezcan los términos y condiciones que han de seguir los planes de igualdad en las empresas, como los acuerdos que aprueben planes de igualdad en las empresas afectadas por la negociación colectiva sectorial, y también los acuerdos que aprueben planes de igualdad derivados del convenio colectivo de empresa (artículo 2.1.f). Lo anterior supone que solo los planes de igualdad negociados y alcanzados con acuerdo pueden ser registrados al amparo del citado Real Decreto.

La inscripción se puede efectuar en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos (REGCON), de ámbito estatal o supraautonómico, con funcionamiento a través de medios electrónicos, y adscrita a la Dirección General de Empleo como autoridad laboral competente, en cuya base de datos aparece de forma específica un apartado sobre planes de igualdad.

Por otra parte, las comunidades autónomas también tienen sus propios registros de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, con funcionamiento a través de medios electrónicos, en el ámbito de sus competencias. Para paliar esta dispersión de registros, el artículo 17 del Real Decreto 713/2010 obliga a que todas las autoridades laborales competentes en materia de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, incluida la Administración General del Estado, remitan por medios electrónicos a una base de datos centralizada, en el plazo de ocho días hábiles, todo asiento electrónico practicado en sus respectivos registros, y entre ellos los planes de igualdad.

³⁸ En los AAAN de 6 de mayo de 2016 (proced. 4/2016), 18 de enero de 2017 (proced. 27/2016), 8 de junio de 2017 (proced. 27/2016) y 24 de julio de 2018 (proced. 27/2016) se impusieron varios apremios pecuniarios a una misma empresa por no cumplir sus obligaciones informativas con la Comisión de Seguimiento del plan de igualdad; en los dos primeros Autos el apremio fue de 150 euros por día y en los dos últimos de 300 euros por día.

³⁹ STS de 16 de septiembre de 2014 (rec. 163/2013) que ratificó la SAN de 14 de diciembre de 2012 (proced. 269/2012).

⁴⁰ BOE núm. 143, de 12 de junio de 2010.

Con la entrada en vigor del RDL 6/2019 la cuestión relativa al registro de los planes de igualdad cambia sustancialmente, al añadir esta norma tres párrafos nuevos al artículo 46 LOI. En primer lugar, en el nuevo párrafo 4º de este artículo se dice que se crea un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas, es decir un registro específico para planes de igualdad, por lo que ya no procederá la publicación en el REGCON (que solo admitía la publicación de planes de igualdad negociados y cerrados con acuerdo). Este nuevo registro, al igual que este último, también dependerá de la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social y de las Autoridades Laborales de las Comunidades Autónomas. La segunda novedad estriba en que las empresas van a estar obligadas a inscribir sus planes de igualdad en el nuevo registro, cuando antes la inscripción era meramente potestativa. El registro que prevé este RDL 6/2019 es un interesante mecanismo para la publicidad y conocimiento general de los planes de igualdad, pero es improbable que el registro pueda cumplir una función de garantía de la correcta ejecución de los planes de igualdad y de su efectividad; para esto sería necesario que se estableciera algún mecanismo de control de su adecuación, ya fuera en el momento del registro o en algún otro anterior o posterior⁴¹.

Se da la circunstancia de que este Registro de Planes de Igualdad, en lo relativo a su constitución, características y condiciones para la inscripción y acceso, debía ser desarrollado reglamentariamente y el plazo para que el Gobierno llevara a cabo este reglamento era de seis meses, conforme a la Disposición final primera del RDL 6/2019. Pues bien, es notorio que este plazo expiró el pasado 8 de septiembre de 2019 sin que se haya aprobado el reglamento, seguramente por las especiales circunstancias electorales que se dieron durante el año 2019 en nuestro país. Cabe ahora esperar para ver las decisiones que se adoptan desde el nuevo Ministerio de Igualdad no solo en relación al registro sino a las políticas de igualdad en la empresa en general⁴².

7. Conclusiones

La negociación colectiva es pieza clave para que las desigualdades acaben remitiendo y se consolide en las empresas el principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades. El papel de los tribunales está siendo fundamental, no solo por mostrar sensibilidad hacia las cuestiones de género sino porque gracias a la doctrina que emana de sus sentencias se está dotando de mayor seguridad jurídica al proceso de negociación colectiva de los planes de igualdad, pudiéndose alcanzar ya las siguientes conclusiones:

- I. Los planes de igualdad pueden negociarse como parte de un convenio colectivo de empresa o como un acuerdo colectivo de empresa. Si el plan de igualdad se negocia como parte de un convenio colectivo de ámbito empresarial, el deber de negociar se formalizará en el marco de la negociación de dicho convenio.

⁴¹ BALLESTER PASTOR, M. A.: "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, p. 21, 2019.

⁴² El 13 de enero de 2020 tomó posesión Dña. Irene Montero como Ministra de Igualdad.

Cuando el plan de igualdad se negocie como un acuerdo colectivo deberá negociarse con los representantes unitarios o sindicales que representen a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

- II. Cuando la empresa tenga centros de trabajo donde no haya representantes de los trabajadores y otros donde sí los haya, deberá aplicar el principio de correspondencia, que impide que los representantes legales de los trabajadores de los centros que sí tienen representación unitaria puedan representar a los trabajadores de otros centros que no la tienen. La solución legalmente segura en estos casos será la de negociar con las secciones sindicales, si las hubiere, que en su conjunto sumen la mayoría de los representantes unitarios de la empresa. Y si no las hubiere, se ha admitido jurisprudencialmente que la negociación pueda ser asumida directamente por los sindicatos, siempre y cuando acreditan la mayoría precisa.
- III. La elaboración en la mesa de negociación del diagnóstico de igualdad y el carácter negociado del plan de igualdad son requisitos de validez cuando en la empresa haya representación legal de los trabajadores. Alcanzar acuerdo en la negociación del plan de igualdad será requisito de validez solo si se impone por convenio colectivo. El incumplimiento de estos requisitos de validez podrá suponer la declaración de nulidad del plan de igualdad.
- IV. La negociación del plan de igualdad deberá hacerse de buena fe, ya que de lo contrario la empresa incurriría en una conducta antisindical susceptible de tutela judicial efectiva que puede conllevar, además de la nulidad del plan de igualdad, la condena a una indemnización al sindicato accionante. Si la negociación se frustra, recae sobre la empresa la carga de la prueba de haber negociado de buena fe y, en caso de ruptura de esas negociaciones, de haber agotado todos los medios de solución extrajudicial y judicial que tenía a su alcance.
- V. Los sindicatos también pueden interponer demanda de conflicto colectivo cuando la empresa no cumpla lo acordado en la negociación colectiva del plan de igualdad, ya sea en lo relativo a las medidas, como en lo que se refiere a la información que, a modo de indicadores, la empresa debe facilitar para el seguimiento del cumplimiento del plan de igualdad. Los tribunales pueden imponer apremios pecuniarios hasta que la empresa acredite el completo cumplimiento.
- VI. Los planes de igualdad ya vencidos, no pueden considerarse prorrogados *sine die*, ya que pierden su efectividad. Cuando la vigencia acordada para el plan de igualdad ha sido superada los sindicatos pueden interponer demanda de conflicto colectivo para que se declare su derecho a constituir la mesa negociadora para la elaboración de un nuevo plan de igualdad.
- VII. El RDL 6/2019 obliga a las empresas a inscribir sus planes de igualdad, si bien deja para un posterior desarrollo reglamentario la creación de un Registro de Planes de Igualdad de las Empresas. Entre tanto se crea este registro específico, la inscripción se puede efectuar en el Registro de Convenios y Acuerdos Colectivos (REGCON), de ámbito estatal o supraautonómico, pero solo si la negociación del plan de igualdad finaliza con acuerdo.

Bibliografía

- ÁLVAREZ CUESTA, HENAR: "Un "nuevo" contenido en los convenios colectivos: los planes de igualdad entre hombres y mujeres", *Actualidad Laboral*, núm. 1, 2008.
- ARENAS VIRUEZ, MARGARITA: "El estado de la negociación colectiva en materia de planes de igualdad", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 22, 2010.
- BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO: "El RDL 6/2019 para la garantía de la igualdad de trato de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y a ocupación: Dios y el diablo en la tierra del sol", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, MARÍA TERESA: "Los planes de igualdad. Erradicación de discriminaciones directas e indirectas en la negociación colectiva. Problemas de legitimación procesal y procedimental", *Actum Social*, núm. 11, 2008.
- ESTÉVEZ GONZÁLEZ, CARMEN: "Un importante avance en la equiparación de derechos de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y un salto cualitativo en materia de igualdad entre mujeres y hombres", *Revista Española del Derecho del Trabajo*, núm. 213, 2018.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: "La negociación colectiva de los planes de igualdad", *Revista de treball, economia i societat*, núm. 45, 2007.
- FABREGAT MONFORT, GEMMA: "La negociación de los planes de igualdad", *La Ley Digital* (La Ley 1759/2013).
- "La obligada negociación del diagnóstico en planes de igualdad. Un cambio sustancial", *Revista de Derecho Social*, núm. 86, 2019.
- Obligatoriedad del plan de igualdad tras el RDL 6/2019, de 1 de marzo*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.
- GÁRATE CASTRO, FRANCISCO JAVIER: "Negociación colectiva", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 208, 2018.
- LOUSADA AROCHENA, JOSÉ FERNANDO (Coord.): *El principio de igualdad y la negociación colectiva*, Ministerio de Trabajo e Inmigración - Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, Madrid, 2008.
- MOLINA HERMOSILLA, OLIMPIA (Edit.): *Gestión práctica de planes de igualdad*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2009.
- MORARU, GRATIELA FLORENTINA: "Sobre las proyecciones convencionales de la igualdad en la clasificación y promoción profesionales: luces y sombras", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019.
- NIETO ROJAS, PATRICIA: "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical", *Femeris*, vol. 4, núm. 2, 2019.
- POQUET CATALÁ, RAQUEL: "Doctrina judicial en torno a la elaboración y negociación del plan de igualdad", *Trabajo y Derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 54, 2019.

CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2018 a 31/8/2019)*

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2018 to 31/8/2019)

JEAN JACQMAIN

Profesor Jubilado de la Universidad Libre de Bruselas

Traducción de **José Fernando Lousada Arochena
Magistrado especialista del Orden Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Profesor asociado de Derecho Procesal de la Universidad de A Coruña

***María Gema Quintero Lima
Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

****Juan Alberto Tormos Pérez
Doctor en Derecho. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universitat de València

*****Belén García Romero
Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5397>

*El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, Noviembre de 2019, págs. 378 y ss. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, del Tribunal General de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@cgsp.be.

**De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 3 “protección de la maternidad”, y 4 “permiso parental”; y ha realizado una revisión general con Jean Jacqmain, autor del estudio.

***De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido el apartado de “legislación” y los epígrafes 1 “igualdad en las condiciones de trabajo”, y 2 “igualdad en los regímenes legales de seguridad social”.

****De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido el apartado “legislación” y los epígrafes 1 “discriminación por razón de raza y del origen étnico”, y 2 “discriminación por razón de edad”.

*****De la Parte II “otras discriminaciones”, ha traducido los epígrafes 3 “discriminación por razón de la discapacidad”, 4 “discriminación por razón de la orientación sexual”, 5 “discriminación por razón de las convicciones”, y 6 “discriminación más allá del marco general”.

Resumen. El estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad de trato y oportunidades desde el 1 de septiembre de 2018 hasta el 31 de agosto de 2019 por el Tribunal de Justicia y el Tribunal General de la Unión Europea. También incluye sentencias y decisiones dictadas en ese periodo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Principio de igualdad de trato y de oportunidades.

Abstract. This paper deals with the analysis of judgments related to the principle of equal treatment and opportunities and delivered from September 1, 2018 until August 31, 2019 by the Court of Justice and General Court of the European Union. It also includes judgments and decisions on the subject during this period issued by the European Court of Human Rights

Keywords: Court of Justice of the European Union, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

PARTE I. IGUALDAD DE GÉNERO

Legislación

La propuesta de Directiva de la Comisión Europea, que ya se había mencionado en nuestra crónica de hace dos años¹, ha desembocado en la Directiva (UE) 2019/1158 de 20 de junio de 2019², relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. Explícitamente destinado a contribuir a la igualdad de género en tanto facilita la conciliación del trabajo remunerado y las responsabilidades familiares, este nuevo instrumento aporta las novedades siguientes:

- Permiso de paternidad: diez días laborables, con una remuneración o una prestación de Seguridad Social al menos igual a la que se prevé por la legislación para el caso de ausencia por enfermedad. El Considerando 18 del Preámbulo indica que los Estados Miembros resultan competentes para definir qué personas deben ser consideradas como progenitores, padre y madre; aunque esta cautela parece insuficiente para evitar que las parejas de mujeres lesbianas sigan sufriendo las dificultades que ya se han señalado en jurisprudencia reciente en orden a acceder al permiso de paternidad³.
- Permiso parental: aún cuatro meses, de los cuales al menos dos no pueden ser transferidos de un miembro de la pareja a otro. La remuneración o prestación se deja a la discreción de los Estados Miembros, pero debe “facilitar que los dos progenitores se acojan al permiso”.

¹ Véase Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2016 a 31/8/2017)”, publicada en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 41, 2017, p. 21.

² D.O.U.E. de 12 de julio de 2019 (L 188/79).

³ Véase la Decisión de 13 de diciembre de 2017 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Hallier e.a. vs. Francia*, Demanda nº 46386/10; comentada en Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)”, *Femeris*, Vol. 4, nº 2, pp. 203-204.

- Permiso para cuidadores: cinco días laborables al año, para permitir prestar asistencia a un miembro de la familia o del hogar, afectado por dificultades graves de salud.
- Ausencia por fuerza mayor: respuesta a una urgencia de carácter familiar por accidente o enfermedad, y que requiere la presencia inmediata del trabajador o de la trabajadora. Los Estados Miembros pueden limitar su duración y frecuencia.

El Considerando 14 expone que, interrogados por la Comisión, los interlocutores sociales europeos se han confesado incapaces de entenderse para reforzar su Acuerdo marco revisado relativo al permiso parental. Adoptada sobre la base del artículo 153.1.i) del TFUE, la nueva Directiva, cuya fecha límite de transposición se fija en el 2 de agosto de 2022, deroga entonces desde esa fecha la Directiva 2010/18/UE. De esto resulta una curiosa cuestión teórica: según el artículo 155.2 del TFUE, la aplicación de un acuerdo marco debe asegurarse, o bien mediante procedimientos propios, o bien mediante una directiva. La derogación de esta Directiva 2010/18/UE, ¿entraña también la del Acuerdo marco? Y, si así es, ¿en virtud de qué disposición?

Jurisprudencia

Respecto de los dos años anteriores, el desglose estadístico entre discriminación por razón de género (ahí comprendida la protección de la maternidad y la paternidad) y las otras discriminaciones en el sentido del artículo 19 del TFUE resulta más equilibrado y, con sorpresa, se constata en el momento de concluir la presente crónica, que quedan muy pocos asuntos pendientes de una y otra categoría ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

1. Igualdad en las condiciones de trabajo

a) Acceso al empleo

1.1. Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 9 de julio de 2019, V.Y. vs. Comisión, T-253/18

En la función pública europea, un funcionario varón, descartado a favor de una colega en un proceso de promoción, había invocado, entre otros argumentos, una discriminación por razón de género, citando el artículo 21 de la Carta de Derechos Fundamentales. El Tribunal de la Unión sin embargo ha concluido que del procedimiento de comparación entre los méritos no se desprendía traza alguna de tal discriminación, y rechaza el argumento, tal como había hecho respecto de las demás argumentaciones planteadas por el solicitante.

b) Protección contra las represalias

1.2. Sentencia de 20 de junio de 2019, Hakelbracht y Vandenbon, C-404/18

En Bélgica, la gerente de una tienda de moda, sucursal de una cadena, aconsejó la contratación de una candidata como vendedora; esta había puesto de manifiesto que estaba embarazada de tres meses. La sede central rechaza la propuesta de contratación por este motivo, algo que la gerente traslada a la interesada. Esta plantea una reclamación ante el Instituto para la Igualdad de Mujeres y Hombres (organismo para la igualdad de trato en el sentido del artículo 20 de la Directiva 2006/54/CE), que compele a la empresa a corregir su decisión. No solo no hizo nada de lo ordenado, sino que, incluso, despidió a la gerente de la tienda, con una indemnización por falta de preaviso, argumentando distintas faltas profesionales.

Las dos trabajadoras y el Instituto recurren al *Arbeidsrechtbank* (tribunal laboral) de Amberes, que constata una discriminación directa fundada en el género de la candidata, y condena a la empresa a pagarle la indemnización prevista por la Ley de 10 de mayo de 2007, dirigida a luchar contra la discriminación entre hombres y mujeres, también llamada “ley de género”. Por el contrario, respecto de la gerente hacía falta analizar el caso en términos de represalia posterior al planteamiento de reclamaciones por discriminación. Sin embargo, la “ley de género”, que extiende a los testigos la protección contra las represalias, está redactada de modo muy restrictivo y resulta inaplicable a este supuesto de hecho. El tribunal de trabajo interroga entonces al Tribunal de Justicia respecto del alcance del artículo 24 de la Directiva 2006/54/CE, que se refiere a esta cuestión.

El Tribunal únicamente puede iluminar esta cuestión a partir de lo que precisa el considerando 32 del preámbulo: “Un trabajador que defienda a una persona protegida por la presente Directiva o que testifique a su favor debería tener derecho a la misma protección”. El Tribunal se contenta con esto y retiene la preocupación por dotar de efectividad a la norma, que ya había subrayado precedentemente en la Sentencia Coote⁴, sentencia esta que, además, había inspirado el Considerando 32. El Tribunal declara así que el artículo 24 de la Directiva se opone a las restricciones que impone la legislación belga a la extensión de la protección a los testigos.

c) Acoso sexual en el trabajo

1.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de abril de 2019, O.Z. vs. Banco Europeo de Inversiones, C-558/17 P.

Pronunciándose sobre un recurso dirigido contra una sentencia del Tribunal General⁵, el Tribunal de Justicia ha examinado un asunto de acoso sexual en la función pública únicamente desde una perspectiva procedural.

⁴ Sentencia del TJUE de 22 de septiembre de 1998, C-189/97.

⁵ Sentencia del TGUE de 13 de julio de 2017, O.Z. vs. Banco Europeo de Inversiones, T-607/16.

En el Banco Europeo de Inversiones, una funcionaria había planteado una denuncia respecto del comportamiento de un colega. El procedimiento interno solo había concluido con una decisión de inadmisión por parte del director de la institución, que había sido validada por el Tribunal.

Sin que en el litigio se haga mención alguna a la Directiva 2006/54/CE (en la que el artículo 2.2.a) asimila el acoso sexual a una discriminación por razón de género), el Tribunal de Justicia constata únicamente que el procedimiento interno no ha permitido a la interesada el beneficiarse de la fase de audiencia previa, que se deriva del derecho de una persona a una buena administración (garantizado por el artículo 41.2 de la Carta de Derechos Fundamentales). Por este motivo el Tribunal de Justicia reforma la sentencia del Tribunal y anula la decisión del director.

1.4. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 2019, Cudak vs. Lituania, Demanda nº 77265/12.

El asunto arranca de 1999. En ese año una ciudadana lituana, empleada como secretaria-telefonista por la embajada de Polonia en Vilnius, planteó una denuncia por acoso sexual cometida por un diplomático. El mediador lituano de igualdad de oportunidades había reconocido el fundamento de la queja, pero el asunto había sido rápidamente seguido del despido de la víctima. Cuando ella planteó ante la jurisdicción nacional una demanda de indemnización, encontró en todas las instancias la denegación de entrar en el fondo del asunto como consecuencia de que resultaría aplicable la inmunidad de embajada. A su solicitud, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió una resolución drástica⁶, en la que afirmaba que la inmunidad de jurisdicción garantizada por las Convenciones de Viena, después Basilea, debía aplicarse restrictivamente, de tal modo que, al darle un alcance desproporcionado, los órganos jurisdiccionales lituanos habían vulnerado el derecho de acceso a la justicia consagrado por el artículo 6.11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La interesada recibió 10.000 € como resarcimiento por daños morales.

Con apoyo en esta sentencia, la demandante había obtenido la reapertura del procedimiento en la jurisdicción nacional. Y los órganos jurisdiccionales le habían concedido la indemnización máxima prevista por el Derecho Laboral (doce veces la remuneración mensual media y 5% de interés hasta la completa ejecución).

No obstante, la víctima, que inicialmente no había reclamado el reingreso a la vista del clima de trabajo en la embajada, había modificado después su posición, y reprochaba al órgano judicial que se hubiera limitado a indemnizarla, en lugar de imponer el reingreso. El litigio llegó entonces infructuosamente hasta la Corte Suprema.

Tras el nuevo recurso de la interesada, el Tribunal Europeo estima⁷ que el artículo 46 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no determina su incompetencia, puesto

⁶ Sentencia del TEDH de 23 de marzo de 2010 (Gran Sala), Cudak vs. Lituania, Demanda nº 15869/02.

⁷ Decisión del TEDH de 23 de abril de 2019, Cudak vs. Lituania, Demanda nº 77265/12.

que no se trata aquí de la ejecución de su sentencia previa, sino de un nuevo procedimiento. En su examen del contexto jurídico, llama la atención sobre la incidencia de la Directiva 2006/54/CE, puesto que Lituania en el transcurso del proceso se había adherido a la Unión Europea (el 1 de mayo de 2004, al mismo tiempo que Polonia). El Tribunal considera, sin embargo, que las jurisdicciones del país han motivado adecuadamente su opción por la indemnización, en lugar de la readmisión, de suerte que la alegación de vulneración del artículo 6 del Convenio (derecho al juicio justo) resulta estar mal fundamentada. Y la reclamación resulta ser inadmisible.

2. Igualdad en los regímenes públicos de seguridad social

2.1. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, Villar Láiz, C-161/18*

En 2012⁸, el Tribunal de Justicia había examinado las condiciones exigidas por la legislación española para la concesión de una pensión de jubilación cuando la persona interesada trabajaba a tiempo parcial. En aquel supuesto de hecho, el recurso a un periodo mínimo de carencia tenía por efecto que una trabajadora que había prestado servicios a razón de 4 horas por semana durante 18 años no pudiera reclamar ningún tipo de pensión. En la medida en que las mujeres representan el 80% de las personas ocupadas a tiempo parcial, el Tribunal concluyó que se producía una discriminación indirecta por razón de género con respecto de la Directiva 79/7/CEE relativa a la igualdad entre hombres y mujeres en los regímenes públicos de Seguridad Social.

La legislación cuestionada ha sido revisada a partir de esta resolución, pero ahora la remuneración que sirve de base reguladora de la pensión, calculada a partir de las medias de los salarios percibidos, se ve afectada por la aplicación de un coeficiente reductor que compara los periodos de cotización a tiempo parcial y a tiempo completo. En consecuencia, una trabajadora que había llegado a la edad de jubilación sufría la aplicación de un coeficiente reductor de un 53%.

Interrogado por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, el Tribunal de Justicia constata que el nuevo dispositivo perjudica doblemente a los trabajadores a tiempo parcial en la medida en que la prestación de la pensión depende ya de una remuneración de base incompleta. Esta afirmación —que las autoridades españolas parecen tener dificultad en asimilar— refuta la justificación objetiva basada en la preocupación por el equilibrio financiero del sistema, que presentaba el gobierno.

En cuanto a la discriminación indirecta respecto de las mujeres, el Tribunal de Justicia reitera, una vez más⁹, respecto de las intenciones de la jurisdicción nacional, sus exi-

⁸ Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11; comentada en Jean Jacqmain “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2012 a 31/8/2013)”, publicada en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 33, 2013, p. 9.

⁹ Sentencia del TJUE de 14 de abril de 2015, Cachaldora Fernández, C-527/13; comentada en Jean Jacqmain “Crónica

gencias de prudencia y minuciosidad en la verificación de la desventaja particular. Aún con esta precaución, el Tribunal de Justicia establece que el artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE se opone a la regla puesta en cuestión.

2.2. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de septiembre de 2018, Bladt vs. Suiza, Demanda nº 37946/13.

Hace dos años se había planteado al Tribunal de Estrasburgo una reclamación respecto del régimen suizo de invalidez, y su “método mixto” de evaluación de la pérdida de aptitud cuando las personas interesadas trabajaban a tiempo parcial y se dedicaban al mismo tiempo a otras actividades no remuneradas. En relación con una mujer inválida que tras su descanso después del parto había debido reincorporarse a un puesto a tiempo parcial, y a la que la aplicación de este método había privado de cualquier tipo de indemnización, el Tribunal Europeo había dicho¹⁰ que el sistema inducía a una discriminación indirecta contra las mujeres, y había una violación de los artículos 14 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Otra trabajadora, soltera y sin hijos, que desarrollaba una actividad a tiempo parcial (60% de la jornada) se ve afectada por una enfermedad que la conduce a ser declarada inválida; por aplicación del “método mixto”, corregido después de haber recurrido a la jurisdicción, se le concede una renta del 75%.

Ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la recurrente se apoya en el precedente que se acaba de evocar. Sin embargo, el Tribunal considera que en ese precedente se había aplicado el artículo 8 del Convenio en su aspecto de “derecho a la vida familiar”, que no era aplicable al caso de la recurrente porque, dado el carácter voluntario de su actividad profesional a tiempo parcial, no se percibe discriminación alguna respecto de un hombre con circunstancias idénticas. La demanda resulta inadmitida.

Debe recordarse que en el primer asunto la mayoría más ajustada (4 votos contra 3) había asumido como fundamento el artículo 8, mientras que la minoría consideraba que era el artículo 1 del Primer Protocolo el que se indicaba de aplicación a la vista del objeto del litigio (una prestación de Seguridad Social). Por lo demás, la comparación de los datos de los dos casos resulta convincente, pero lo sería más si el Tribunal hubiera solicitado más información acerca de los motivos de la ocupación a tiempo parcial, en lugar de observarla simplemente. En efecto, el carácter pretendidamente “voluntario” de prestaciones incompletas sirve frecuentemente de pretexto para excluir de oficio cualquier eventual discriminación por razón de género.

de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2014 a 31/8/2015)”, publicada en Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, número 37, 2015, pp. 19-20.

¹⁰ Sentencia de 2 de febrero de 2016, Di Trizio vs. Suisse, Demanda nº 7186/09; comentada en Jean Jacqmain “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2015 a 31/8/2016)”, publicada en Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, número 39, 2016, pp. 8-9.

3. Protección de la maternidad

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 19/09/2018, González Castro, C-41/17

Con un año de diferencia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia (o Galiza) ha invitado de nuevo al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre la protección de las trabajadoras en lactancia materna frente a los riesgos para la salud asociados con su trabajo. Mientras que el primer caso¹¹ involucraba a una enfermera en un hospital, esta vez se trata de una guardia empleada por una compañía de seguridad, según un sistema de turnos que incluye ciertos servicios nocturnos. Dejando a un lado este último aspecto, los dos casos son similares: la trabajadora en cuestión, que considera que debe ser dispensada de trabajar, solicita sin éxito el beneficio de seguridad social provisto para este evento, y el litigio se centra en la carga de prueba.

Siguiendo las conclusiones de la Abogada General E. Sharpston, el Tribunal de Justicia establece de primeras que la protección que se establece para el trabajo nocturno en el artículo 7 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, relativa a la protección de la maternidad, debe aplicarse incluso si la trabajadora de que se trata realiza un trabajo a turnos en que solo desempeña una parte de sus funciones en horario nocturno.

A continuación, dado que el artículo 19 de la Directiva 2006/54/CE, que se refiere a la carga de la prueba, se aplica a situaciones cubiertas por la Directiva 92/85/CEE donde se invoca la discriminación de género, el Tribunal de Justicia repite la enseñanza. Si la trabajadora que sostiene que la evaluación de los riesgos impuesta a la empresa por el artículo 4.1 de la 92/85 tendría como resultado la dispensa del trabajo y, por lo tanto, la cobertura de la seguridad social, aporta elementos que permitan al tribunal interpelado pensar que esta evaluación no incluyó un examen de su situación particular, corresponde a la parte contraria establecer que dicho examen ha tenido lugar.

4. Permiso parental

4.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de octubre de 2018, Dicu, C-12/17

La ley rumana prevé la suspensión de la relación laboral durante el disfrute del permiso parental. Una magistrada que había usado el permiso parental una vez finalizada su licencia de maternidad pudo comprobar que sus vacaciones anuales se habían reducido en proporción al tiempo de la suspensión. En el litigio que se siguió, la Curtea de Apel de Cluj interrogó al Tribunal de Justicia sobre el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE del

¹¹ Sentencia del TJUE de 19 de octubre de 2010, Otero Ramos, C-531/15; comentada en Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)", Femeris, Vol. 4, nº 2, pp. 197-198.

Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ordenación del tiempo de trabajo, que protege el derecho a las vacaciones anuales.

El Tribunal de Justicia rechazó el argumento de que dos derechos garantizados por las normas de la Unión Europea no pueden entrar en colisión; argumento que resulta de su jurisprudencia relativa a la superposición de dos permisos protegidos¹². Concluye que el artículo 7 de la Directiva no impide que un Estado miembro relacione la duración de las vacaciones anuales con el concepto de servicios realmente prestados en el período de referencia, incluso si ello supone la exclusión del permiso parental.

De esta manera, el Tribunal comparte el análisis del Abogado General P. Mengozzi, revisando también el caso a la luz de la Directiva 2010/18/UE sobre el Acuerdo Marco revisado sobre el permiso parental, en cuya cláusula 5.2 se prescribe “el mantenimiento de los derechos en el curso de la adquisición” al comienzo de la licencia. Sin embargo, observó que la cláusula 5.3 deja al Estado miembro libertad para regular el destino de la relación laboral durante el permiso, lo que está en línea con lo que acabamos de leer sobre el artículo 7 de la Directiva 2003/88/CE. Con todo, el caso sugiere que los interlocutores sociales europeos habrían hecho bien en verificar la coherencia de los apartados 2 y 3 de la cláusula 5. La pregunta surgirá, en términos sustancialmente iguales, con respecto a los apartados 1 y 3 de artículo 10 de la Directiva 2019/1158/UE (a que se ha hecho alusión en el apartado de novedades legislativas), pero el Tribunal de Justicia parece haberlo respondido de antemano en la sentencia comentada.

4.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, R.E., C-486/18

Con respecto al Acuerdo Marco sobre el permiso parental original (Directiva 96/34/CE), el Tribunal de Justicia proporcionó primero al Tribunal de Casación belga¹³, luego al *Arbeidshof* (tribunal laboral superior) de Amberes¹⁴, interpretaciones en relación con trabajadoras despedidas cuando estaban disfrutando el permiso parental en la modalidad de reducción de las horas de trabajo (a tiempo parcial). En vista de la finalidad del Acuerdo Marco (cláusula 2, punto 6), el Tribunal dictaminó que la indemnización por preaviso y la indemnización por despido irregular debe calcularse en función de la remuneración a tiempo completo y no a tiempo parcial.

Todavía con respecto a la Directiva 96/34/CE, y esta vez a solicitud del Tribunal de Casación francés, el Tribunal de Justicia reitera su enseñanza en relación con una trabajadora que estaba en permiso parental a tiempo parcial cuando fue afectada por un procedimiento de despido colectivo por razones económicas. En el caso, la discusión en el

¹² Sentencia del TJUE de 18 de marzo de 2004, Merino Gómez, C-342/01.

¹³ Sentencia del TJUE de 22 de octubre de 2009, Meerts, C-116/08.

¹⁴ Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014, Rogiers, C-588/12; comentada en Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2013 a 31/8/2014)”, publicada en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 35, 2014, pp. 23-24.

litigio de origen se refería al cálculo no solo a la indemnización por despido irregular, sino también al de la indemnización por reclasificación debida en tales circunstancias.

Tras señalar que el permiso parental es disfrutado en un 96% por mujeres, el Tribunal de Casación también presentó ante el Tribunal de Justicia la posibilidad de discriminación indirecta, en relación con el artículo 157 del TFUE, que exige la misma remuneración entre mujeres y hombres. El Tribunal registra este elemento estadístico sin dudarlo (compárese con el caso Villar Láiz, más arriba), y concluye que, dado que la trabajadora en cuestión había sido contratada a tiempo completo, la reducción de la jornada de trabajo durante el permiso parental no impide que su situación sea comparada con la de otro trabajador en tiempo completo. La discriminación indirecta de género es obvia, y el gobierno francés no ha intentado justificarla por factores objetivos.

Este segundo enfoque del tema del litigio es de gran interés. Si bien los casos belgas mencionados anteriormente solo resultaron de una jurisprudencia de los tribunales en base a la aplicación de textos legales, en el caso francés, el gobierno y el empleador señalaron que era imposible dar a la legislación una interpretación coherente al Acuerdo Marco, y que este no tiene efecto directo horizontal con respecto a una disputa entre individuos. El recurso al artículo 157 TFUE obviamente permite desestimar esta objeción pues su efecto directo horizontal está reconocido desde hace décadas por el TJUE (desde la STJUE de 8 de abril de 1976, *Defrenne II*, 43/75).

Finalmente, y a pesar de una diferencia irrelevante en las situaciones de hecho (permiso parental a tiempo parcial o a tiempo completo), se debe enfatizar que al apreciar la existencia de discriminación indirecta de género, el Tribunal contradice, sin mencionarlo, una sentencia dictada hace veinte años en que, con respecto al impacto del permiso parental en el derecho a una bonificación de fin de año, el Tribunal se negó a tener en cuenta el desequilibrio de género entre los beneficiarios del permiso parental¹⁵.

4.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 26 de marzo de 2019, S.M., C-129/18

La respuesta dada en esta Sentencia por el Tribunal de Justicia a las preguntas del Tribunal Supremo británico sobre la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, invita a revisar la proyección de esa respuesta sobre el derecho social, en particular sobre el permiso de adopción y sobre el parental.

Varios países bajo la ley musulmana conocen la institución de kafala, bajo la cual un niño es confiado a personas que no son sus padres biológicos pero que asumen su mantenimiento y educación. Una pareja de casados franceses domiciliados en Gran Bretaña se

¹⁵ Sentencia del TJUE de 21 de octubre de 1999, *Lewen*, 333/97.

hizo cargo de una niña en Argelia y solicitó un permiso de entrada que fue denegado, y es de ahí que surge la disputa que el Tribunal de Justicia tuvo que aclarar.

Con respecto a la Directiva 2004/38/CE, el Tribunal concluyó que los niños bajo kafala no podían considerarse como "descendientes directos", un concepto que no estaba definido pero que implicaba la paternidad. Sin embargo, la Directiva también contempla el concepto de "miembro de la familia", que debe interpretarse teniendo en cuenta los artículos 7 (derecho a la vida familiar) y 24.2 (interés superior del niño) de la Carta de derechos fundamentales. De esta manera, si los hechos revelan que el niño depende de sus tutores y que debe llevar una vida familiar efectiva con ellos, debe beneficiarse del derecho de entrada y permanecer en el Estado miembro de acogida.

Esta respuesta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea debería impulsar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos a revisar la posición que había tomado en un caso anterior, que además se refería a una situación que se había resuelto en la práctica¹⁶.

Pero, aún más trascendente, esta respuesta del Tribunal de Justicia de que un niño bajo kafala es un miembro de la familia que tiene derecho de acceso y residencia, hace necesario abordar el tema de los derechos de conciliación de sus tutores si estos son trabajadores. Esto sugiere una reflexión sobre la posibilidad de extender, en la legislación de la Unión y también en la legislación nacional, el permiso parental de la Directiva 2010/18/UE, próximamente 2019/1158/UE; también el de adopción allí donde esté regulado. En Bélgica, algunos tribunales laborales han admitido el permiso de adopción¹⁷. Además, un litigio sometido al Consejo de Estado belga ha revelado que las autoridades belgas comparaban la situación de kafala con la situación de un niño a efectos de la protección de la juventud, lo que le daría derecho a un permiso de acogida.

4.4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2019, Ēcis vs. Letonia, Demanda 12879/09

El año pasado informamos de un caso¹⁸ en el que, fuera del ámbito de las relaciones laborales, el Tribunal de Estrasburgo se había negado a reconocer la discriminación de género resultante de las disposiciones legales relacionadas con la ejecución de las penas de prisión. Se trataba de la posibilidad de aplazamiento del encarcelamiento hasta el primer cumpleaños de un niño recién nacido que se otorgaba en la legislación aplicable a las madres pero no se otorgaba a los padres.

Un caso similar de trato diferente de hombres y mujeres encarcelados por delitos graves ha sido expuesto al Tribunal Europeo, con otro resultado: un preso letón no pudo obtener permiso para asistir al funeral de su padre, mientras que una presa sí se habría

¹⁶ Sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 2014, Chbihi Loudidi et alii vs. Bélgica, Demanda nº 52265/10.

¹⁷ Sentencia de la Corte de Trabajo de Lieja de 11 de enero de 2016.

¹⁸ Sentencia del TEDH de 3 de octubre de 2017, Enache vs. Rumanía, Demanda nº 16986/12; comentada en Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)", Femeris, Vol. 4, nº 2, pp. 295-296.

beneficiado dada la naturaleza menos estricta del régimen penitenciario de las mujeres; sin siquiera negar su sentencia anterior, el Tribunal concluyó, por 5 votos contra 2, que había habido una violación del artículo 14 del Convenio Europeo de Derecho Humanos, combinado con su artículo 8, y le otorgó al solicitante 3.000 euros a título de daño moral. Los disidentes critican a la mayoría una motivación que navega entre la comparación de los dos regímenes penitenciarios y el análisis del caso concreto.

PARTE II. OTRAS DISCRIMINACIONES

Legislación

La tramitación de la Propuesta COM (2008) 426 final¹⁹, cuyo objetivo es ampliar el ámbito material de la Directiva 2000/78/CE, ha progresado bajo la Presidencia austriaca, pero su consecución parece estar lejos de lograrse.

Jurisprudencia

De nuevo como en crónicas anteriores, es el criterio de la edad el que causa la gran mayoría de las disputas en el Tribunal de Luxemburgo; sin embargo, el Tribunal de Luxemburgo empieza a aplicar con creciente frecuencia la discriminación por convicciones, una materia que es bien conocida en Estrasburgo.

1. Discriminación por razón de raza u origen étnico

1.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de noviembre de 2018, Maniero, C-457/17

Un ciudadano italiano que reside en Alemania obtiene un título de abogado en una universidad de Armenia. Busca una beca de una fundación alemana para financiar nuevos estudios en el extranjero. La institución le informa de que la concesión de esta ayuda está sujeta a la aprobación de un examen nacional. El solicitante responde que el diploma que posee atestigua un nivel de calificación más alto que el del examen. Al ser rechazada su solicitud, alega discriminación por razón de origen étnico y comienza un procedimiento de resarcimiento que lo lleva al *Bundesgerichtshof* (Tribunal Federal de Justicia) que pregunta al Tribunal de Justicia sobre el impacto de la Directiva 2000/43/CE en la cuestión.

La primera pregunta pretende establecer si la concesión de becas se circunscribe dentro del concepto de educación en el sentido del artículo 3.1.g) de la Directiva. La abo-

¹⁹ De la que se había dado cuenta por primera vez en la lejana crónica de 2009 (no traducida al español).

gada general E. Sharpston, a quien el Tribunal pidió que limitara sus conclusiones a este punto, resume la jurisprudencia²⁰ y recomienda una respuesta positiva; el Tribunal está de acuerdo con este análisis, siempre que pueda establecerse una relación concreta entre el proyecto de investigación y la ayuda destinada a financiar su realización.

En cuanto a la segunda pregunta, el Tribunal se refiere al precedente *Jyske Finans A/S*²¹ para determinar que la norma nacional cuestionada no contiene ningún elemento que permita sospechar la existencia de una discriminación indirecta fundada en el origen étnico.

1.2. Decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 2 de octubre de 2018, Aydarov a.o. vs. Bulgaria, Demanda nº 33586/15, y de 4 de junio de 2019, Yuseinova a.o. vs. Bulgaria, Demanda nº 30472/17.

Se han planteado ante el Tribunal de Estrasburgo dos nuevos casos sobre familias gitanas desalojadas de sus hogares en Bulgaria. Esta vez se trataba de la demolición de casas construidas sin título en terrenos que el municipio quería vender. Como en otro caso precedente²², el expediente reveló aspectos conmovedores (la presencia de niños con discapacidades graves en las dos familias en cuestión) y un contexto de racismo virulento. En el primero de esos casos²³ el Tribunal ha podido acogerse nuevamente a un motivo de inadmisibilidad por el retraso de la solicitud (artículo 35 del CEDH), mientras observaba que los interesados no parecían haber hecho uso de la legislación nacional destinada a combatir la discriminación ni del organismo responsable de garantizar su cumplimiento. En la medida en que esta legislación pretende transponer varios instrumentos normativos del Derecho de la Unión Europea, en particular la Directiva 2000/43/CE, cabe preguntarse si las autoridades búlgaras han realizado los esfuerzos necesarios para darle una publicidad adecuada a la Directiva, especialmente con respecto a la comunidad gitana.

El comentario anterior encuentra, por desgracia, su confirmación en otro caso casi idéntico y al que el Tribunal de Estrasburgo ha dado el mismo trato²⁴ pues algunos solicitantes habían reaccionado tardíamente mientras otros habían descartado un recurso que les habría permitido invocar la legislación nacional de tutela antidiscriminatoria.

Sin abandonar el tema, solo el país, también cabe señalar que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha declarado²⁵ admisible la reclamación colectiva presentada contra Italia por Amnistía Internacional. Esta organización denuncia una violación de los artículos 31 y E de la Carta Social Europea revisada, los desalojos, la segregación y la denegación de acceso que sufren los gitanos en el ámbito de la vivienda. Resultando más extraño, el

²⁰ En particular, Sentencia del TJUE de 15 de marzo de 2005, Bidar, C-209/03.

²¹ Sentencia del TJUE de 6 abril de 2017, C-668/15.

²² Decisión del TEDH de 11 de julio de 2017, Dimitrova a.o. vs. Bulgaria, Demanda nº 39084/10; comentada en Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)", Femeris, Vol. 4, nº 2, p. 206.

²³ Decisión del TEDH de 2 de octubre de 2018, Aydarov a.o. vs. Bulgaria, Demanda nº 33586/15.

²⁴ Decisión del TEDH de 4 de junio de 2019, Yuseinova a.o. vs. Bulgaria, Demanda nº 30472/17.

²⁵ Decisión de 4 de julio de 2019, reclamación nº 178/2019, disponible en www.hudoc.esc.coe.int.

Comité ha considerado necesario indicarle al gobierno medidas correctivas que deben adoptarse de inmediato, sin esperar la decisión sobre el fondo.

1.3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de mayo de 2019, Tasev vs. North Macedonia, Demanda nº 9825/13.

En Macedonia del Norte, el Consejo Nacional del Poder Judicial está compuesto por jueces elegidos por sus compañeros de profesión. Con ocasión de tal elección, un juez quería cambiar la mención de su origen étnico como “búlgaro” a “macedonio del norte”. Dicho extremo se le denegó en todos los niveles de jurisdicción, con el argumento de que el solicitante buscaba obtener una ventaja sobre los otros candidatos, aunque el origen étnico no figuraba como una de las condiciones de elegibilidad.

Tramitado su recurso, el Tribunal Europeo considera que el rechazo de la solicitud interfiere con el derecho a la vida privada, y que no está basado en ninguna disposición legal; por lo tanto, existe una violación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El solicitante recibió 4.500 € en concepto de daños morales.

En su opinión discrepante, el juez K. Wojtyczek critica a sus compañeros por haber basado su decisión en una interpretación errónea del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales, que según él no reconoce a cualquier individuo el derecho a decidir subjetivamente si mantiene su pertenencia a una minoría o renuncia a la misma.

2. Discriminación por razón de edad

2.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2018, Garda Siochána, C-378/17

Se trata de un caso de candidatos expulsados del procedimiento de admisión en la *Garda Siochána* (policía irlandesa) porque habían excedido la edad máxima de 35 años que podría haber llevado al Tribunal de Justicia a un terreno que ya había descubierto con ocasión de varios litigios españoles²⁶. Sin embargo, la *Supreme Court* solo lo planteó por una cuestión de principios.

El *Equality Tribunal* (más recientemente, la *Workplace Relations Commission*, en adelante WRC) es el órgano jurisdiccional competente en materia de discriminación en el trabajo, y los solicitantes habían presentado su reclamación ante él. Sin embargo, el gobierno argumentó que, si se concluyese que el requisito de edad máxima era ilegal por contradicción con la normativa de la Unión Europea, su efecto vertical directo implicaría

²⁶ Sentencias del TJUE de 13 de noviembre de 2014, Vital Pérez, C-416/13, y de 15 de noviembre de 2016, Salaberria Sorondo, C-258/15.

inaplicar la disposición nacional contradictoria. En este sentido, la Constitución enumera los órganos que tienen esta competencia, y la WRC no es uno de ellos. Según el gobierno, por lo tanto, la disputa recaería dentro de la jurisdicción de la *High Court*, que, advertida por el mismo, prohibió a la WRC continuar el examen del litigio. Esta última no se allanó y el caso continuó hasta que se planteó ante la *Supreme Court*, que, en esencia, le preguntó al Tribunal de Justicia si tal restricción de la competencia jurisdiccional *ratione materiae* era admisible en el Derecho de la Unión.

Como era previsible, el Tribunal reitera en qué consiste el principio de primacía, cuya aplicación no puede estar limitada por las normas nacionales, ni siquiera de carácter constitucional²⁷. Partiendo de la opinión del abogado general N. Wahl, quien no vio malicia en la doble vía defendida por el gobierno en la cuestión, el Tribunal concluyó que la restricción cuestionada era inadmisible.

2.2. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 14 de febrero de 2019, Horgan y Keegan, C-154/18*

Siguiendo en Irlanda, el gobierno ha invocado sus restricciones presupuestarias para revisar a la baja las escalas salariales de los docentes. Para todos los contratados a partir del 1 de enero de 2011 se aplicaba una reducción del 10% en cada nivel; además, se clasificaban automáticamente en el primer nivel, mientras que con la práctica anterior se habrían beneficiado del segundo o del tercer nivel.

Para impugnar estas medidas, una mujer y un hombre apelaron ante la *Labour Court*, que en sus preguntas al Tribunal de Justicia plantea la posibilidad de discriminación por razón de edad.

En una rápida respuesta, el Tribunal señala que las diferencias de trato discutidas solo resultan de una fecha, un criterio totalmente ajeno a la edad²⁸, siendo la pirámide demográfica la misma antes y después de dicha fecha. El artículo 2.2 de la Directiva 2000/78/CE no se opone, por lo tanto, a las medidas impugnadas.

2.3. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de febrero de 2019, Escribano Vindel, C-49/18*

A partir de su caso personal, un juez de un *Jutjat Social* en Barcelona había impugnado ciertas medidas, también adoptadas en la lucha contra el déficit presupuestario, que reducen los salarios de los magistrados en cantías diferentes según la categoría que ostentan. En el transcurso del procedimiento, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (o Catalunya) había elevado cuestión al Tribunal Constitucional; este último había conside-

²⁷ Así, la Sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2010, *Winner Wetten*, C-409/06.

²⁸ El TJUE cita como precedente su Sentencia de 7 de junio de 2012, *Tyrolean Airways*, C-132/11.

rado que, dadas las actividades que incluían, estas categorías no eran comparables entre sí, y absolvió a las disposiciones legales en cuestión de cualquier crítica con respecto al principio general de no discriminación. Entonces, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se dirige al Tribunal de Justicia y le plantea varias cuestiones sobre la compatibilidad con la Carta de los Derechos Fundamentales. En particular, el recurrente argumentó que las reducciones salariales más severas afectaban a categorías que incluían principalmente jueces más jóvenes o con menor experiencia, lo que sugería la posibilidad de una discriminación indirecta fundada en la edad y la antigüedad.

Sobre este aspecto del litigio, el Tribunal de Justicia confirma que el criterio de la edad está efectivamente incluido en el artículo 21 de la Carta y la Directiva 2000/78/CE. Este último no tiene que ver con la antigüedad, excepto como un elemento de hecho que puede justificar el recurso a la excepción prevista en el artículo 6.1 con respecto a la edad. En cualquier caso, la clasificación de la persona interesada en una de las categorías sigue siendo incierta; no se cita un comparador, por lo que el examen de su caso individual no es posible; y, sobre todo, el Tribunal de Luxemburgo se refiere a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la falta de comparabilidad de las categorías. Por lo tanto, el artículo 21 de la Carta y el artículo 2 de la Directiva no excluyen las disposiciones impugnadas, sin perjuicio de una verificación por parte del tribunal nacional; de lo que cabe preguntarse cuál sería el objeto de tal verificación.

2.4. Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17, y de 8 de mayo de 2019, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17

La cuestión de la antigüedad en el servicio público austriaco se ha convertido en una piedra en el zapato para el Tribunal de Justicia. Desde la sentencia *Hütter*²⁹, en la que se señaló que negarse a tener en cuenta los servicios prestados antes de los 18 años constituía una discriminación directa por razón de edad, se han seguido los altibajos de un proceso de reforma legislativa aparentemente interminable. En 2014, el Tribunal de Justicia tuvo que explicarle³⁰ al gobierno austriaco que no era suficiente con introducir un nuevo sistema salarial no discriminatorio si los efectos de la desigualdad anterior seguían sin resolverse.

La lección parece haber sido mal asimilada ya que el posterior intento de enmienda condujo a dos litigios y dos consultas adicionales al Tribunal de Justicia.

En el primer asunto³¹, la sección de servicios públicos de un sindicato impugnó las nuevas disposiciones ante el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de Austria). En respuesta a la cuestión que este tribunal le planteó, el Tribunal de Justicia estableció que los artículos 1, 2 y 6 de la Directiva 2000/78/CE, en relación con el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales (prohibición de la discriminación fundada, en particular, en la edad), no puede darse por cumplido con la transferencia retroactiva de los afectados

²⁹ Sentencia del TJUE de 18 de junio de 2009, *Hütter*, C-88/08.

³⁰ Sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014 (Gran Sala), *Schmitzer*, C-530/13.

³¹ Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-24/17.

(en este caso, miembros del personal empleados con un contrato de trabajo) a una escala cuyo primer nivel (“monto de transferencia”) es la remuneración que percibían mientras subsistía la discriminación previa. El Tribunal reitera que, si es necesario, los tribunales nacionales deben inaplicar las disposiciones que mantienen la desigualdad y otorgar a los afectados un trato más favorable; además, los interesados tienen derecho a una compensación pecuniaria por los perjuicios sufridos.

Un aspecto adicional de este litigio se relacionaba con la toma en consideración de los servicios prestados para otro empleador antes de vincularse con la administración austriaca. El nuevo sistema solo los valora plenamente si se han prestado con autoridades públicas del Espacio Económico Europeo, Suiza, Turquía o instituciones internacionales; en los demás casos, se computan un máximo de diez años. El abogado general H. Saugmandsgaard Øe había validado esta diferenciación entre los sectores público y privado, pero, por el contrario, el Tribunal decidió que el artículo 45 TFUE y el artículo 7, apartado 1, del Reglamento 492/2011/UE sobre la libre circulación de trabajadores no permiten tal obstáculo.

El segundo asunto³² involucraba, ante el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Federal Contencioso Administrativa de Austria), a un policía, vinculado como trabajador con contrato antes de su nombramiento estatutario, y la dirección de policía del *Land* del Tirol. El Tribunal reitera su decisión del mismo día (dejando aparte el aspecto de la libre circulación, que no se planteó) y añade que el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales (derecho a la tutela judicial efectiva) y el artículo 9 de la Directiva 2000/78/CE no permiten admitir que la legislación nacional impida a los tribunales competentes examinar el “monto de transferencia” que perpetúa los efectos de la discriminación previa.

2.5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 24 de junio de 2019, Comisión c. Polonia, C-619/18

Anteriormente a esta Sentencia, el Tribunal de Justicia ya ha sido invitado a interpretar la Directiva 2000/78/CE y la prohibición de discriminación por razón de edad en relación con las medidas introducidas por ciertos Estados miembros para reducir la edad legal de jubilación de los jueces: primero, a título preliminar, sobre el *Land* alemán de Hesse³³, y luego de modo más radical en un recurso por incumplimiento, Comisión c. Hungría³⁴; esta última sentencia ha tenido consecuencias inesperadas ante el Tribunal de Estrasburgo (vid. más adelante 2.7).

Reformas similares adoptadas en Polonia han desencadenado un nuevo procedimiento de incumplimiento por la vía del artículo 258 del TFUE, pero esta vez la Directiva 2000/78/CE no ha sido invocada porque el asunto involucra uno de los principios esenciales del Estado de Derecho, la independencia del poder judicial, condición esencial del recurso efectivo garantizado por el artículo 19.1.2 TFUE.

³² Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17.

³³ Sentencia del TJUE de 21 de julio de 2011, Fuchs y Köhler, C-159/10.

³⁴ Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, Comisión vs. Hungría, C-286/12.

In casu, una modificación legislativa había reducido la edad de jubilación de los magistrados de 70 o incluso 72, a 65 años, incluidos los que estaban en el cargo cuando entró en vigor. Otra disposición dejaba a discreción del Presidente de la República, sin recurso, la autorización para permanecer en actividad más allá del nuevo máximo.

Dada la gravedad de las modificaciones con respecto a los valores comunes a que se refiere el artículo 2 TUE, un auto emitido por la Vicepresidenta del Tribunal de Justicia el 19 de octubre de 2018 había ordenado a Polonia que suspendiera su aplicación. A continuación, otro auto del Presidente del Tribunal, de fecha 15 de noviembre de 2018, sometió la tramitación del recurso de la Comisión al procedimiento de urgencia (establecido en el artículo 23 *bis* del Estatuto del Tribunal de Justicia).

El gobierno en cuestión afirmó haber obedecido la primera orden y derogado las disposiciones en disputa, incluidos sus efectos, restableciendo a los magistrados ya afectados por la reducción de la edad de jubilación. No obstante, la Comisión alegó que una sentencia dictada con respecto a la legislación nacional vigente en el momento de la presentación del recurso, conservaría su valor como jurisprudencia dada la importancia del principio de independencia del Poder Judicial.

El Tribunal de Justicia aprueba esta interpretación. Desestima el argumento presentado por el gobierno relativo al alineamiento con la edad de jubilación de los trabajadores asalariados, que siguen siendo libres de continuar sus carreras más allá de este plazo. En cumplimiento de las conclusiones del abogado general E. Tanchev, el Tribunal concluye que se había producido una doble violación del artículo 19.1.2 del TFUE: por un lado, la reducción de la edad, que no tiene un objetivo legítimo, socava la irrevocabilidad de los jueces; por otro, la posibilidad de prórrogas a discreción del jefe del Estado plantea dudas razonables sobre la independencia del Poder Judicial.

2.6. *Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2018, F.V. vs. Consejo, T-750/16*

En 2013, bajo la presión, una vez más, de las restricciones presupuestarias, el Estatuto de los Funcionarios de la Unión fue “enriquecido” con un artículo 42 *quater* que permite colocar en situación de “excedencia por interés del servicio” a los agentes que se acerquen a la edad de jubilación. Según este esquema, la persona interesada se encuentra en una situación de inactividad y, por lo tanto, pierde el derecho a la promoción; además, solo recibe una asignación que decrece hasta el 70 % de la remuneración normal.

Un funcionario que fue objeto de la medida se dirigió al Tribunal General de la Unión Europea (con competencias en materia de función pública europea).

Su primera alegación denunciaba que el artículo 42 *quater* generaba discriminación por razón de edad, contraria al artículo 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales. El Tribunal admite que la diferencia de trato resultante de la nueva disposición legal debe justificarse con respecto al principio de derecho primario³⁵, y para este propósito utiliza

³⁵ El Tribunal General cita en particular la Sentencia del TJUE de 5 de julio de 2017, Fries, C-190/16.

el método propuesto por el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78/CE. Por lo tanto, concluye que la norma impugnada tenía al menos un objetivo legítimo (optimizar la inversión de las instituciones empleadoras en la formación profesional) y no causó perjuicios desproporcionados.

Por otra parte, el Tribunal admite el segundo motivo señalado por el recurrente, alegando un error manifiesto de apreciación, en el sentido de que el Consejo Europeo, el empleador, no demuestra, en virtud del artículo 42 *quater*, por qué eligió al interesado como sujeto de la medida. Por lo tanto, se anula la “excedencia por interés del servicio”, pero el Tribunal considera que el recurrente ya no sufre perjuicios que debieran ser resarcidos. Cabe esperar que una de las partes, o incluso las dos, recurran ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.7. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de noviembre de 2018, J.B. a.o. vs. Hungría, Demanda nº 45434/12.

Se ha recordado anteriormente que Hungría había sido advertida por el Tribunal de Justicia por el incumplimiento de sus obligaciones en virtud de la Directiva 2000/78/CE, ya que su legislación modificada había amputado radicalmente la carrera de los jueces sin disposiciones transitorias razonables³⁶. Al respecto, ya han recaído sentencias del Tribunal de Estrasburgo en años anteriores al periodo a que refiere esta crónica sobre magistrados de alto rango sancionados por haberse opuesto a dicha reforma³⁷.

Hungría se allanó ante la corrección impuesta en Luxemburgo y no solo ha pospuesto la entrada en vigor de la legislación cuestionada, sino que ha ofrecido a los magistrados afectados distintas opciones de resarcimiento. Por ello, el Tribunal Europeo ha declarado inadmisibles las solicitudes presentadas por otros 160 miembros del poder judicial: *ratione personae* en vista de la pérdida de la condición de perjudicados, o *ratione materiae* por no haber encontrado fundamento para las denuncias con sustento en el artículo 1 del Primer Protocolo, el artículo 14 del CEDH o sus artículos 6, 8 o 10.

3. Discriminación por razón de la discapacidad

3.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2018, Bedi, C-312/17

La retirada de una parte significativa de las fuerzas armadas británicas destacadas en la República Federal de Alemania trajo consigo la pérdida de muchos puestos de trabajo civiles. En ese momento, un convenio colectivo de trabajo había establecido un “subsidi

³⁶ Sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, Comisión vs. Hungría, C-286/12.

³⁷ Sentencias del TEDH de 27 de mayo de 2014 (Sala), y de 23 de junio de 2016 (Gran Sala), Baka vs. Hungría, Demanda nº 20261/12; y de 22 de noviembre de 2016, Erményi vs. Hungría, Demanda nº 22254/14.

complementario temporal" para incentivar a las personas interesadas a seguir en activo, incluso a cambio de una remuneración inferior a las prestaciones por desempleo; esta asignación es abonada por el Estado alemán en nombre del Reino Unido, que la financia. El convenio colectivo prevé la finalización automática de la misma tan pronto como el beneficiario alcance la edad a la que puede acceder a una pensión de jubilación, incluso anticipada, independientemente de si aquél solicita o no su reconocimiento. Por este motivo, un trabajador con un grado de discapacidad del 50% se vio privado de la asignación a los 61 años porque, a esa edad, la legislación le permitía acceder a una pensión (reducida) debido a su discapacidad. Denunció la discriminación sobre la base de este criterio y, viendo denegada su pretensión en primera instancia, acudió al *Landesarbeitsgericht* (Tribunal Regional de Trabajo) de Hamm, quien se dirigió al Tribunal de Justicia.

Tras haber confirmado que la prestación controvertida está estrechamente conectada con la noción de remuneración, el Tribunal de Justicia sigue las conclusiones de la abogada general E. Sharpston y se remite a un asunto anterior³⁸ en el que, en virtud de un convenio colectivo, las mismas disposiciones legales relativas a la pensión de jubilación provocaban la reducción de la indemnización por despido colectivo. En el nuevo caso, el demandante se había basado en esta jurisprudencia. Lógicamente, el Tribunal reitera que los trabajadores discapacitados necesitan una protección especial y añade que, en este caso, la pérdida de la asignación complementaria causa un perjuicio desproporcionado al interesado, que desea continuar desempeñando su actual profesión.

3.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de junio de 2019, *Stoian vs. Rumanía, Demanda nº 289/14*

Hace cuatro años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos adoptó una decisión³⁹ de inadmisibilidad en Gran Sala, algo discutible, en relación con un estudiante que quedó parapléjico tras un accidente y que no había podido continuar sus estudios universitarios debido a la falta de acondicionamientos en diversas instituciones rumanas. En cambio, el año pasado informamos de una resolución judicial favorable en un caso similar en Turquía⁴⁰.

Un nuevo caso rumano, en esta ocasión relativo a un alumno de enseñanza secundaria, fue objeto de examen en el fondo del asunto, llevando al Tribunal a concluir que las instituciones públicas, incluidas los órganos jurisdiccionales, habían hecho los esfuerzos necesarios para garantizar ajustes razonables sin causar gastos excesivos, de modo que las reclamaciones derivadas de los artículos 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (vida privada) y 2 del Primer Protocolo (derecho a la educación) en combinación o no con el artículo 14 del Convenio Europeo, carecían de fundamento.

³⁸ Sentencia del TJUE de 6 de diciembre de 2012, Odar, C-152/11.

³⁹ Sentencia del TEDH de 9 de julio de 2015, Gherghina vs. Rumanía, Demanda nº 42219/07, y su post scriptum, la Sentencia del TEDH de 5 enero de 2016, Radl and Gherghina vs. Rumanía, Demanda nº 34655/14.

⁴⁰ Sentencia del TEDH de 30 enero 2018, Şahin vs. Turquía, Demanda nº 23065/12; comentada en Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)", Femeris, Vol. 4, nº 2, pp. 211-212.

Por lo demás, constatamos, una vez más, que la Directiva 2000/78/CE, que prohíbe la discriminación relacionada con la discapacidad en materia de formación profesional, no fue mencionada por el Tribunal de Estrasburgo como contexto legal, ni tampoco fue mencionada en el marco del procedimiento nacional.

3.3. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de julio de 2019, Glaisen vs. Suiza, Demanda nº 40477/13.

Poco después de la anterior Sentencia, y sobre la misma cuestión de la accesibilidad de edificios para personas con discapacidad física, el Tribunal Europeo falló en un caso que, si se hubiera tratado en relación con un Estado miembro del Espacio Económico Europeo, habría puesto de manifiesto el carácter todavía inacabado de la Directiva 2000/78/CE, al no contemplar el acceso a bienes y servicios.

Un parapléjico de nacionalidad suiza había iniciado sin éxito un procedimiento por discriminación contra el dueño de un cine de Ginebra, el único que proyectó la película que él quería ver. Debido a la falta de adaptación para el acceso de sillas de ruedas, se le denegó la entrada por razones de seguridad. El Tribunal aceptó el razonamiento del Tribunal Federal, que había considerado que el solicitante podía asistir a suficientes cines en la región para que no pudiera hablarse de discriminación contraria a la legislación nacional sobre la materia. Por lo tanto, no hubo violación ni del artículo 8 en relación con el 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni del artículo 10 (derecho a la información); en conclusión, la denuncia fue considerada inadmisible.

4. Discriminación por razón de la orientación sexual

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de enero de 2019, E.B., C-258/17

Se trata de un caso singularmente desagradable y que nos lleva a reiterar la objeción que planteamos hace más de veinte años a propósito de la sentencia Grant⁴¹.

En 1974, un oficial de policía austriaco fue condenado a pena de prisión, que fue dejada en suspenso, por abusos deshonestos cometidos contra dos niños de 14 y 15 años. En ese momento, este delito solo existía si el autor y la víctima eran ambos de sexo masculino (la disposición que lo estipulaba no fue derogada hasta 2002). Las autoridades de la policía federal analizan los hechos como una infracción grave de las obligaciones deontológicas e imponen la medida disciplinaria de paso a la jubilación, acompañada de una reducción del 25% del importe de la pensión. En 2008, es decir, cuando habría alcanzado normalmente la edad legal de jubilación, el ex funcionario público inicia un litigio. Afirma ser víctima de discriminación por motivos de su orientación sexual, en el sentido del artí-

⁴¹ Sentencia del TJUE de 17 de febrero de 1998, Grant, C-249/96.

culo 2 de la Directiva 2000/78/CE, y reclama, principalmente, el pago de las retribuciones que habría percibido de 1974 a 2008 y el nuevo cálculo de su pensión de acuerdo con una carrera así completada; y, subsidiariamente, el reembolso de la reducción del 25%. En el curso del procedimiento, el *Verwaltungsgesetzhof* (Tribunal Administrativo Supremo de Austria) se dirige al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a través de la oportuna cuestión prejudicial.

Este último se pronuncia sin hacer suyas las conclusiones del abogado general M. Bobek, según las que no hubo discriminación. El Tribunal considera que la sanción disciplinaria, contra la cual se desestimaron los recursos del funcionario, fue definitiva antes de la entrada en vigor de la Directiva 2000/78/CE, el 3 de diciembre de 2003. Sin embargo, aquella se aplica a los efectos de la sanción que se prolongan más allá de esta fecha. Estos efectos no consisten en el hecho de que continúe recibiendo una pensión calculada de acuerdo con la carrera interrumpida en 1975, sino en que la prestación siga sujeta todavía a la reducción del 25%. A este respecto, corresponde al tribunal nacional examinar, aún para el período iniciado el 3 de diciembre de 2003, cuál debería ser la cuantía del descuento si no hubiera discriminación por razón de la orientación sexual.

En esencia, el Tribunal considera que la persona en cuestión se compara con una oficial de policía que, en 1974, hubiera incumplido sus obligaciones deontológicas obligando a unas niñas de 14 y 15 años a tener relaciones sexuales con ella, o incluso con un colega varón que hubiera tomado a las niñas como víctimas. En cualquier caso, tal conducta habría llevado a la misma sanción disciplinaria, pero la evaluación del importe del descuento no se habría visto influida por la condena penal que solo podría ser impuesta a un hombre homosexual; de ahí que se le reconozca el 25% descontado.

Pero así planteado, la supuesta discriminación no se basa en la orientación sexual, sino en el género, el del autor o el de las víctimas. Es más, el Tribunal de Justicia dictamina en el supuesto hipotético en el que la pensión en cuestión sea “profesional”, lo que el tribunal nacional debe verificar, ya que solo una prestación de esta naturaleza corresponde a la Directiva 2000/78/CE; si su examen lleva a la conclusión de que el régimen de pensiones es “legal”, no habría ningún instrumento de la UE que prohibiría a este respecto la discriminación por razón de la orientación sexual. Pero si es cuestión de género, simplemente pasaríamos de la Directiva 2006/54/CE (profesional) a la 79/7/CEE (legal): tanto si la prestación es profesional como si legal, existe discriminación si el descuento realizado debido a consideraciones en un principio idénticas, afectan más severamente a un hombre que a una mujer.

Ciertamente, el trasfondo sociológico del litigio es la fobia a la homosexualidad masculina (el lesbianismo, por su parte, si bien no es tolerado, solo es objeto de un desprecio indolente). Sin embargo, desde la perspectiva jurídica, nos parece que el criterio de orientación sexual ha ocultado en este caso la naturaleza real de la diferencia en el trato, que es por razón del género. Como cuando Jacqueline Grant no pudo proporcionarle a su pareja los billetes con descuento que la compañía ferroviaria que la empleaba le hubiera ofrecido si alguna de las dos mujeres hubiera sido hombre.

5. Discriminación por razón de las convicciones

5.1. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre de 2018, I.R., C-68/17*

Apenas unos meses antes a esta Sentencia referida a la Iglesia Católica como empresa de tendencia en el sentido del artículo 4.2 de la Directiva 2000/78/CE, el Tribunal de Justicia ya había conocido de otro caso alemán también de otra empresa de tendencia, la Iglesia Evangélica. El Tribunal no desaprovechó la ocasión para aludir en esta Sentencia a su anterior pronunciamiento⁴².

Un practicante católico dirigía el servicio de medicina general de un hospital dirigido por una sociedad bajo el control de un arzobispo. Divorciado, el trabajador contraído nuevo matrimonio civil, lo que motivó su despido con el correspondiente preaviso. En el litigio que siguió, el *Bundesarbeitsgericht* (Tribunal Federal de Trabajo de Alemania) había confirmado las sucesivas resoluciones de los tribunales inferiores en cuanto a la naturaleza injustificada del cese, pero había sido censurado por el Tribunal Constitucional que le había remitido el caso. Por lo tanto, cuestionar al Tribunal de Justicia parecía ser el camino seguro para mantener la naturaleza injustificada del ceso.

En su respuesta, el Tribunal señala primero que la naturaleza jurídica del empleador es irrelevante a los efectos del artículo 4.2 de la Directiva 2000/78/CE. A continuación, reitera su doctrina establecida en el primer asunto. Sin embargo, aunque en este caso era la sola pertenencia a una Iglesia Protestante, requerida como condición de contratación, la que había causado el litigio, ahora era necesario determinar si, para el ejercicio de las funciones en cuestión, el empleador podría considerar que un trabajador católico debería respetar un precepto de su religión, cuando tal requisito no se hubiera impuesto a un no católico. Como declaró el Abogado General M. Wathelet, tal concepción subjetiva debería rechazarse a favor de una interpretación objetiva que evite la discriminación entre dos categorías de trabajadores sobre la base de un elemento ajeno a la naturaleza de la función. El Tribunal de Justicia comparte este punto de vista.

Inevitablemente, el Tribunal de Justicia reitera asimismo que, teniendo en cuenta que la prohibición de discriminación por razón de las convicciones se encuentra consagrada en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, el tribunal remitente que no lograra interpretar sus disposiciones nacionales de conformidad con el artículo 4.2, debería obviarlas, incluso en un litigio horizontal entre particulares.

Por último, sabemos⁴³ que el *Bundesarbeitsgericht* ha fallado en los dos casos asumiendo los argumentos del Tribunal de Justicia. Con lo cual la Iglesia Evangélica planteó un recurso ante el Tribunal Constitucional, alegando que el Tribunal de Justicia se excedió en sus competencias y causó la violación de la libertad religiosa, protegida por la Ley

⁴² Sentencia del TJUE de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16; comentada en Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)", Femeris, Vol. 4, nº 2, pp. 212-213.

⁴³ Véanse los Informes Flash de M. Mahlmann, de 1 y 3 de julio de 2019, para la Red Europea de expertos jurídicos en materia de igualdad de género y de no discriminación, www.equalitylaw.eu.

Fundamental alemana. Por su parte, la Iglesia Católica se ha abstenido, pero espera con interés el resultado de este procedimiento.

5.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 22 de enero de 2019, Achatzi, C-193/17

El mismo criterio de creencias religiosas, o de su ausencia, fue objeto de un proceso judicial en Austria, donde la legislación reconoce el derecho a un día festivo remunerado, el Viernes Santo, a los trabajadores que declaran pertenecer a una de las diversas iglesias cristianas, principalmente a la católica romana. Un empleado que no había efectuado tal declaración reclamó el mismo derecho. El caso llegó hasta el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo de Austria) que planteó una consulta al Tribunal de Justicia.

Adoptando las conclusiones del abogado general M. Bobek, desestima por incongruente el argumento de una acción positiva (artículo 7.1 de la Directiva 2000/78/CE) en beneficio de los fieles en cuestión, y constata la existencia de la discriminación al amparo del artículo 2. El Tribunal reitera una vez más su nueva doctrina del efecto horizontal que deriva del artículo 21 de la Carta, y declara que mientras la legislación nacional no sea depurada de su defecto, los trabajadores perjudicados deben disfrutar de la misma ventaja que los trabajadores privilegiados⁴⁴.

5.3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 de febrero de 2019, Tothpal y Szabo vs. Rumania, Demanda 28617/13 y demanda 50919/13

En Rumania, las disensiones de orden espiritual en el seno de las comunidades religiosas tuvieron como resultado la destitución y el despido de dos pastores, uno luterano y el otro reformado. Dado que continuaron ejerciendo su ministerio sobre los grupos disidentes, fueron condenados por ejercicio ilegal del sacerdocio, uno al pago de una multa y el otro a pena de prisión que quedó en suspenso. Tras las desestimaciones de sus demandas por los tribunales nacionales, recurrieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que consideró que estas condenas no respondían a una necesidad social imperiosa y que la injerencia en la libertad religiosa de las partes interesadas no era necesaria en una sociedad democrática. El Tribunal concluyó que se había producido una violación del artículo 9 del CEDH y reconoció a uno de los recurrentes 4.500 euros en concepto de daños morales, mientras que el otro no solicitó ninguna compensación.

En la medida en que los hechos que dieron lugar a los procesos penales tuvieron su causa en la ruptura de los contratos de trabajo, el lector observador debe tener en cuenta que esto podría haber sido impugnado a la luz de la Directiva 2000/78/CE, mediante otro debate adicional relativo a la aplicación del artículo 4.2.

⁴⁴ El TJUE se refiere a su Sentencia de 9 de marzo de 2017, Milkova, C-406/15.

5.4. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 4 de junio de 2019, Yilmaz c. Turquía, Demanda nº 36607/06*

Un profesor turco de religión islámica, que había superado el necesario concurso, no pudo acceder en 2000 a un puesto de enseñanza en el extranjero, debido a hechos de su vida privada, y, sobre todo, de la de su esposa que llevaba el velo. Dada la proximidad de los hechos, resulta sorprendente que, sobre su recurso, el Tribunal de Estrasburgo solo cite de pasada un precedente manifiesto⁴⁵, y curiosamente lo hace en relación con la violación basada en el artículo 6.1 del Convenio Europeo. El Tribunal reconoció en efecto que fue excesiva la duración (6 años) de los procedimientos entablados infructuosamente por la persona interesada (pero debe tenerse muy en cuenta que él mismo dicta su fallo 13 años después de la presentación de la demanda ...). Acto seguido, como en el caso anterior, el Tribunal declara también que ha habido una violación del artículo 8 del Convenio Europeo.

6. Discriminaciones más allá del marco general

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de abril de 2019, Elisei-Uzun y Andonie vs. Rumania, Demanda nº 42447/10

El Poder Judicial rumano incluye una categoría de magistrados seculares, propuesta por el Consejo Económico y Social y que parecen estar emparentados con los jueces sociales de los tribunales laborales belgas, por ejemplo (o con los *prud'hommes* franceses, N. del T.). Dos de ellos plantearon una queja aduciendo que no se les reconocía el derecho a una bonificación recibida por los magistrados de carrera de lealtad o confidencialidad (su naturaleza exacta era en sí misma objeto de controversia). Una sentencia firme del tribunal de apelación les dio la razón. Sin embargo, el gobierno interpuso en su contra un recurso extraordinario, que el tribunal de apelación admitió a trámite, observando que la sentencia impugnada había excluido la aplicación de una norma legal como le autorizaba la orden antidiscriminación, en disposiciones que el Tribunal Constitucional declaró después carentes de validez. Los dos interesados impugnaron en vano esta segunda resolución que modificaba la primera, y les privaba del derecho reclamado.

Sobre su petición, el Tribunal Europeo considera que la revocación de la primera sentencia no constituye una violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y que, dado que la acción original de las partes interesadas no tenía base legal, no pueden invocar el artículo 1 del Primer Protocolo; en consecuencia, el artículo 14 del Convenio Europeo no resulta aquí aplicable. Por otra parte, el Tribunal constata que, en el curso del segundo recurso, el tribunal de apelación no respetó las reglas del juicio justo; cada recurrente recibió 4.000 euros por daños morales.

⁴⁵ Sentencia del TEDH de 2 de febrero de 2016, *Sodan vs. Turquía, Demanda n° 18650/05*.

En su opinión parcialmente disidente, el juez E. Kūris considera que, por el contrario, el Tribunal debería haber examinado por qué motivos los demandantes no tenían derecho a la prima en litigio, de modo que el artículo 1 del Primer Protocolo estaba bien traído a la causa, así como el artículo 14 del CEDH cuya formulación abierta habría acogido la alegación de discriminación basada en la profesión. Esto nos ha recordado un auto de inadmisibilidad⁴⁶ dictado por el Tribunal de Justicia en un caso bastante similar.

* * *

Avances inesperados en arrepentimientos inconfesados, podemos alegrarnos de que la jurisprudencia de los dos tribunales de Europa continúe fortaleciendo la efectividad de la lucha contra la discriminación, pues de su interacción, siempre aleatoria y reticente, depende la efectividad de los dos órdenes jurídicos aplicados por cada uno de ellos; mientras tanto, las víctimas aguardan con esperanza.

⁴⁶ Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014, Leśniak-Jaworska y Głuchowska-Szmulewicz, C-520/13.

Crónica de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre igualdad (año 2019)

Chronicle of the spanish constitutional court case on equality rights (year 2019)

RICARDO PEDRO RON LATAS

*Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidade da Coruña
Magistrado Suplente
Sala de lo Social del TSJ Galicia*

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5396>

Resumen. Este estudio aborda el análisis de las sentencias dictadas en aplicación del principio de igualdad y no discriminación por el Tribunal Constitucional el año 2019. El estudio se centra en el estudio de las sentencias más relevantes en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el año 2019.

Palabras clave: Tribunal Constitucional, principio de igualdad de trato, no discriminación.

Abstract. This study tackle the analysis of judgments dictated in application of the principle of equal treatment and nondiscrimination by the Constitutional Court of Justice of Spain during the year 2019. The article will focus in the study of the most notable sentences in this terrain that has produced the Constitutional Court during the year 2019.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain, principle of equal treatment, nondiscrimination.

El año 2019, en el ámbito de la jurisprudencia dictada en aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación que consagra el artículo 14 de la CE por el Tribunal Constitucional, pueden reseñarse cuatro resoluciones, aunque dos de ellas resultan ser sustancialmente idénticas, esto es, de nuevo un panorama parco en resoluciones.

1. Sentencia 2/2019 de 14 de enero. Permisos en supuestos de parto. Duración distinta de los permisos y duraciones según se trate del padre o de la madre

la primera de las sentencias del año 2019 que el Tribunal Constitucional ha dictado en materia de igualdad no contiene doctrina novedosa alguna. Se trata simplemente de la reproducción de la contenida en las SSTCo 111/2018, de 16 de octubre y 117/2018, de 29 de octubre. En ella se sigue abordando un tema ya clásico en la jurisprudencia constitucional (y también, como no, en la ordinaria) desde la creación del permiso de paternidad tras la promulgación de la —ya lejana— Ley 40/2007, de 4 de diciembre; norma ésta que, como se sabe, estableció como medida “innovadora para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral” el permiso de paternidad de trece días de duración, ampliable en caso de parto múltiple en dos días más por cada hijo o hija a partir del segundo, y que a día de hoy el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, ha modificado, equiparando, en sus respectivos ámbitos de aplicación, la duración de los permisos por nacimiento de hijo o hija de ambos progenitores. Se trataba (y se trata), en cualquier caso, de un derecho individual y exclusivo del padre, que se reconoce tanto en los supuestos de paternidad biológica como en los de adopción y acogimiento. De igual modo, la norma introdujo como necesaria novedad la creación de la prestación económica por paternidad.

La cuestión objeto de la *litis* de nuevo venía a ser una decisión administrativa —confirmada en vía judicial— que no reconoció al demandante el derecho a disfrutar la prestación de seguridad social por paternidad tras el nacimiento de su hijo en las mismas condiciones que las establecidas para el permiso por maternidad. Y el Tribunal Constitucional acabó denegando al demandante su derecho, concluyendo de nuevo que siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada. La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón. La maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres. Por tanto, las ventajas que se determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre.

Como presupuesto previo de esa decisión final, el Tribunal Constitucional no duda (de manera honesta) en reconocer que “existe un prolongado debate social y político sobre la conveniencia de ampliar la duración del permiso por paternidad (y la prestación de la seguridad social correspondiente), incluso hasta su equiparación con el permiso por maternidad”, hasta el punto de que: 1) se “encuentra asimismo en tramitación parlamentaria una proposición de ley que pretende la equiparación plena de los permisos de maternidad y paternidad”; y 2) se halla en trámite una reciente propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (2017/0085), que pretende introducir el

derecho de los padres a acogerse al permiso de paternidad durante un breve período, que no debe ser inferior a diez días laborables, con ocasión del nacimiento de un hijo.

Sobre esta base, pues, lo que debía decidir el alto tribunal era si la normativa actual (anterior al Real Decreto-ley 6/2019) puede considerarse conforme al derecho fundamental garantizado por el art. 14 CE. La respuesta, sin embargo, peca, a mi entender, de excesiva ortodoxia argumental. La resolución del problema debía partir, según el Tribunal Constitucional de su doctrina al respecto del principio de igualdad, conforme a la cual el mismo no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del art. 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En consecuencia, aquí el juzgador se limitó a examinar si las situaciones que se llevaban a comparación podían considerarse iguales y, en caso de que así fuera, si la diferente duración de los permisos por maternidad y paternidad (y de las correlativas prestaciones económicas de la seguridad social) que establece la legislación aplicable tienen una justificación objetiva, razonable y proporcionada.

Y siendo así, resulta obvio que no la tienen, de ahí la ausencia (de nuevo) de valentía jurídica en la fundamentación del tribunal. Porque, para este en el supuesto de parto (“maternidad biológica”), la “finalidad primordial” que persigue desde siempre el legislador es “la protección de la salud de la mujer trabajadora”. O, dicho de otro modo, el legislador ha juzgado como situación merecedora de protección en materia laboral y por el régimen público de la seguridad social el supuesto de parto, “en el que la suspensión del contrato de trabajo con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la seguridad social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese periodo de descanso (obligatorio como mínimo en las seis semanas inmediatamente siguientes al parto)”. En cambio, el derecho del padre resulta ser un “un derecho individual y exclusivo del padre en el supuesto de parto...”, independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso por maternidad regulados en el art. 48.4 LET”. De ahí que, según el Tribunal Constitucional, “fácilmente se desprende de lo razonado ... que la finalidad que persigue el legislador en la protección laboral y de seguridad social dispensada en el supuesto de parto es diferente en atención a que se trate de la madre o del padre”.

Ninguna diferencia supone por lo tanto el hecho de que “los progenitores deben corresponibilizarse en el cuidado de los hijos comunes, conforme exige el art. 39.3 CE”, por cuanto que “la maternidad, y por tanto el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del art. 39.2 de la Constitución y por tanto las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse

discriminatorias para el hombre". El hecho diferencial, pues, lo supone las diferentes situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación, al no ser efectivamente homogéneas o equiparables. De nuevo, en esta ocasión, sin embargo, "debemos descartar que esa diferencia de trato en cuanto a la duración de los permisos y prestaciones incurra en vulneración del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) pues se trata de situaciones diferentes en la consideración de la finalidad tuitiva perseguida por el legislador, por lo que no concurre siquiera un término de comparación adecuado". Y es que, "siendo diferentes las situaciones que se traen a comparación, no puede reputarse como lesiva del derecho a la igualdad ante la ley (art. 14 CE) la diferente duración de los permisos por maternidad o paternidad y de las correspondientes prestaciones de la seguridad social que establece la legislación aplicada en las resoluciones administrativas y judiciales que se impugnan en amparo". La atribución del permiso por maternidad, con la correlativa prestación de la seguridad social, a la mujer trabajadora, con una duración superior a la que se reconoce al padre, no es discriminatoria para el varón, al encontrarnos aquí con "realidades biológicas diferenciadas de obligatoria protección, derivada directamente del art. 39.2 CE, que se refiere a la protección integral de las madres".

2. Sentencia 91/2019 de 3 de julio (y sentencia 92/2019 de 15 de julio). Diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en el cálculo de la pensión por jubilación

La segunda de las resoluciones anunciadas nos trae de vuelta a una vieja amiga: la diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo en el acceso a la pensión por jubilación. Y es que, ya en su momento el Tribunal Constitucional en su sentencia 61/2013, de 14 de marzo, declaró la inconstitucionalidad del inciso inicial de la letra a) de la regla segunda del apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social, por posible vulneración del art. 14 de la CE, ya que conforme a la misma "para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, maternidad y paternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización".

Para el Tribunal Constitucional, en efecto, el cálculo de los períodos de cotización de los trabajadores a tiempo parcial en atención exclusiva a las horas trabajadas carecía de justificación razonable, produciendo resultados desproporcionados en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social. No sólo eso, la norma evidenciaba sin lugar a dudas la presencia de discriminación indirecta, o lo que es igual, un tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado género, en el caso de la disposición adicional séptima de la Ley General de la Seguridad Social es posible apreciar; y es que, aunque la disposición cuestionada

constituía una norma neutra, aplicable con independencia del sexo de los trabajadores, lo cierto es que los datos estadísticos permitían constatar que el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta predominantemente al sexo femenino, con el consiguiente mayor impacto que la aplicación de la norma cuestionada puede tener sobre las trabajadoras, sin que haya quedado acreditado que la medida responda a una determinada política social que actúe como justificación suficiente, habiendo quedado constatado por contra que la medida produce un efecto adverso y carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objetivo legítimo, o no resultar idónea para el logro de tal objetivo; en otras palabras, la norma daba lugar a discriminación indirecta al no estar justificada objetivamente ni ser proporcionada al objetivo perseguido.

En la sentencia que nos ocupa ahora (STCo 91/2019 de 3 de julio, seguida por STCo 92/2019 de 15 de julio en idéntico sentido), el precepto controvertido resulta ser el mismo. Porque en su momento el legislador decidió modificar la normativa en cuestión, revisando su literalidad, pero sin llegar a la equiparación total de ambos colectivos de trabajadores, lo que ha acabado provocado de nuevo que se haya planteado cuestión de inconstitucionalidad respecto de la regla tercera, letra c), de la disposición adicional séptima, apartado 1, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la redacción dada al precepto por el art. 5.2 del Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social. Y el tema de nuevo vino a ser la posible contradicción con el art. 14 CE.

Las dudas que ofrece el precepto acerca de su adecuación al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos, tienen por causa, según el auto de planteamiento: 1) el hecho de que para el cálculo de la pensión de jubilación de los trabajadores a tiempo parcial prevé una reducción del periodo de cotización, y con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá en ningún caso con el que “de manera natural” deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo, y además el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo; 2) no existe una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación; 3) si la obligación de cotizar y con ello su repercusión contributiva en el sistema de previsión social, se mantiene desde el principio y durante toda la vida laboral del trabajador a tiempo completo o parcial (dejando aparte la eventualidad de periodos en los que no haya habido obligación de cotizar, los cuales tienen su propio método de integración legal, que no ha sido aquí aplicado), puede ser contrario a los propios principios de dicho sistema, desconocer en parte el tiempo de cotización solo para este último colectivo de trabajadores, restándolo del periodo real de cotización para fijar la cuantía de su jubilación, en los términos del precepto aquí cuestionado; y 4) existen dudas fundadas sobre la inconstitucionalidad del precepto cuestionado

también por discriminación indirecta por razón de género, en perjuicio de la mujer trabajadora a tiempo parcial, ya que el porcentaje de mujeres que desempeñan un trabajo a tiempo parcial es claramente superior al de los hombres.

En suma, el auto de planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad considera que el precepto cuestionado, cuya regulación se contiene actualmente en el art. 248.3 del vigente texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, podría vulnerar el art. 14 CE desde una doble perspectiva: por un lado, en la medida en que vulnera el derecho a la igualdad ante la ley, pues contiene una diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto a los trabajadores a tiempo completo; y por otro lado, por discriminación indirecta por razón de sexo, al evidenciarse estadísticamente que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres, ocasionándoles la norma cuestionada un efecto perjudicial.

Y, como no podía ser de otro modo, el Tribunal Constitucional acepta ambas tachas de inconstitucionalidad, tal y como viene haciendo desde hace años con relación al tema que nos ocupa. Así, por lo que se refiere en primer lugar a la diferencia de trato, el examen del precepto objeto de la cuestión “revela que no se adecua al principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, en perjuicio de estos últimos”, ya que en el cálculo del periodo de carencia para el acceso a la pensión de jubilación, mientras que en los trabajadores a tiempo completo el tiempo se computa por años y meses de cotización sin practicar sobre ellos ningún coeficiente o fórmula reductora, para los trabajadores a tiempo parcial, en cambio, la disposición adicional séptima LGSS de 1994 prevé una reducción del periodo de cotización, resultando así evidente que, con este método de cálculo, el periodo de cotización para un trabajador a tiempo parcial no se corresponderá con el que de manera natural deriva de los meses y años materialmente cotizados por él durante el tiempo de sus contratos en alta, a diferencia de lo que sí sucede con los trabajadores a tiempo completo.

De ello “se deriva no solamente una diferencia de trato en la fijación del periodo de cotización, para unos de manera natural, en función del tiempo real (trabajadores a tiempo completo) y para otros artificialmente a partir de un valor reductor (trabajadores a tiempo parcial), sino que el método así implementado castiga, sobre todo, a los trabajadores con menos porcentaje de parcialidad a lo largo de su vida laboral, esto es, a quienes conforman el eslabón más débil del mercado de trabajo”, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esta diferenciación. En consecuencia, para el Tribunal Constitucional “falta el primero de los requisitos exigibles para una desigualdad de trato constitucionalmente admisible, su justificación objetiva y razonable. Además, se rompe también con la proporcionalidad desde el momento en el que, a una reducción razonable de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, añade una reducción también del periodo de cotización para fijar la cuantía de la prestación (porcentaje sobre la base), lo que no se hace con el trabajador a tiempo completo”.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta por razón de género, el Tribunal Constitucional entiende igualmente que concurre la misma. Como es bien sabido, esto sucede cuando: 1) “una disposición aparentemente neutra determina para las personas

de un sexo determinado una particular desventaja respecto de las personas de otro sexo, salvo que dicha disposición pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y los medios para alcanzarla sean adecuados y necesarios (art. 6.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y art. 2.1 b) de la Directiva 2006/54/CE , del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación); y 2) conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional “el tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre los trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo ..., obviamente, salvo que este tratamiento responda a una finalidad legítima y utilice medios proporcionados, adecuados y necesarios para conseguirla”. Por lo tanto, el concepto de discriminación indirecta constituye un elemento clave para procurar una igualdad efectiva, material o sustancial, entre el hombre y la mujer, superando una desigualdad histórica que puede calificarse de estructural, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional.

Sobre esta conocida base legal y jurisprudencia, el alto tribunal estima necesario recordar que “el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino”, lo que obliga a examinar con mayor cautela el impacto de la regla sobre cómputo de períodos de carencia contenida en la norma cuestionada, pues, acreditada estadísticamente la realidad sociológica indicada, esto es, que la medida afecta a una proporción mucho mayor de mujeres que de hombres, para descartar la existencia de una discriminación indirecta prohibida por el art. 14 CE habría que constatar que esa medida se explica por razones objetivamente justificadas de política social sin carácter discriminatorio, y eso resulta ser algo que no sucede (ni sucedía en casos precedentes) en esta ocasión, por cuanto no existen circunstancias objetivas ajenas a cualquier discriminación por razón de sexo que justifiquen la regulación del cálculo de la pensión de los trabajadores a tiempo parcial en el concreto aspecto aquí cuestionado. En particular (dice el Tribunal Constitucional) no se ha probado que “la norma que dispensa una diferencia de trato responda a una medida de política social, más allá de las consideraciones relativas al carácter contributivo de nuestro sistema de Seguridad Social”.

En este mismo sentido, para el Tribunal Constitucional “lo que no resulta justificado es que se establezca una diferencia de trato entre trabajadores a tiempo completo y trabajadores a tiempo parcial, no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje derivado de un “coeficiente de parcialidad” que reduce el número efectivo de días cotizados, diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que afecta predominantemente a las mujeres trabajadoras, como revelan los datos estadísticos”.

El Tribunal Constitucional, en consecuencia, para reparar la lesión del inciso segundo del art. 14 CE declara finalmente “la inconstitucionalidad únicamente de la remisión que el

párrafo primero de la letra c) de la regla tercera (“Bases reguladoras”) realiza, en relación con la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación, al párrafo segundo de la letra a) de la regla segunda (“Períodos de cotización”) de la misma disposición adicional séptima. Para ello basta declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “de jubilación y” que se contiene en el mencionado párrafo primero de la regla tercera, de forma que en la determinación de la cuantía de las pensiones de jubilación no se aplique el coeficiente de parcialidad previsto en el segundo párrafo de la letra a) de la regla segunda de la disposición adicional séptima, apartado 1, LGSS de 1994 y que, en consecuencia, una vez acreditado el periodo de cotización mínimo previsto en la mencionada regla segunda, se aplique la correspondiente base reguladora con su correspondiente escala general, sin reducir el periodo de alta con contrato a tiempo parcial mediante el coeficiente de parcialidad”.

3. Sentencia 108/2019 de 30 de septiembre. Discriminación por razón de género con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo

La STCo 108/2019 de 30 de septiembre se ocupa del viejo tema de la discriminación por razón de género de una trabajadora embarazada, ahora con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, y lo que resulta más sangrante aun, en el seno del Instituto Nacional de Estadística. En esta ocasión se trataba de una trabajadora que obtuvo en el citado organismo una plaza de personal laboral de técnico superior de gestión y servicios comunes, pero que presentó escrito comunicando al INE su imposibilidad de incorporarse al trabajo por haber dado a luz una hija, manifestando expresamente que no renunciaba a la plaza y solicitando la reserva de la misma hasta el momento en que se pudiera incorporar, sin que se procediera, por tanto, a la adjudicación de la plaza a la siguiente candidata. En fecha 5 de agosto de 2015, la secretaría general del INE comunicó a la actora por escrito que debía procederse, “según el espíritu que recogen estas bases de convocatoria, a formalizar el contrato con la persona, que encontrándose en la mejor posición pueda realizar el trabajo de manera inmediata; siendo esta inmediatez y urgencia en la prestación de servicios la que ha motivado que la Dirección General de la Función Pública haya autorizado, de manera excepcional, el proceso selectivo referido”. Sobre esta base fáctica, lo que el Tribunal Constitucional debió dilucidar fue si ello constituía una vulneración de la trabajadora a no ser discriminada por razón de género. Y como es fácil suponer acabó dando la razón a la trabajadora.

Así, la resolución que nos ocupa comienza afirmando que para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de género del art. 14 CE, se ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad y proporcionalidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato, que no puede confundirse, aunque sea tan común tantas veces ver que se incurre en ello. En efecto, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional (por citar una de tantas, STCo 182/2005, de 4 de julio), “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y

solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad". Y finaliza asegurando, entre otras cosas, que "la prohibición constitucional específica de los actos discriminatorios por razón de sexo determina que se habrá producido la lesión directa del art. 14 CE cuando se acredite que el factor prohibido representó el fundamento de una minusvaloración o de un perjuicio laboral, no teniendo valor legitimador en esos casos la concurrencia de otros motivos que hubieran podido justificar la medida al margen del resultado discriminatorio".

Expuesta la doctrina constitucional sobre la efectividad del derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de sexo, y su finalidad tuitiva y pedagógica de respuesta histórica en favor de la parificación social y jurídica que precisa la población femenina, también en el ámbito laboral, la sentencia estima que existen una serie de factores que concurren singularmente en este caso, que le dotan de una singularidad que debe ser abordada, que serían, en primer lugar, que la controversia se localiza en el estadio del acceso al empleo, en concreto en los momentos anteriores a la formalización de la relación contractual. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional en sentencia 214/2006, de 3 de julio, ya dejó escrito que puede existir vulneración del derecho a la no discriminación en relación con decisiones empresariales en materia de contratación, "aun sin encontrarse vigente una relación laboral". Asimismo, la STCo 173/1994, de 7 de junio, declaró que no puede sostenerse en modo alguno que "solo cuando está en curso una relación laboral pueda generarse una conducta de esta naturaleza" discriminatoria, puesto que, de mantenerse la postura anterior, añadía este último pronunciamiento, "quedarían al margen de tutela algunas de las más notorias consecuencias de la discriminación como mal social a erradicar por mandato constitucional (las especiales dificultades en el acceso al empleo de los colectivos discriminados o, en el caso de la mujer, la continuidad de su propia carrera profesional por la maternidad) y, además, quedarían virtualmente vacíos de contenido compromisos internacionales adquiridos por España en esta materia, de cuya virtualidad interpretativa de lo dispuesto en el art. 14 CE no cabe dudar (art. 10.2 CE)". En suma, para la sentencia "no cabe dudar de que la discriminación por razón de sexo puede ocasionarse con carácter previo a la formalización del contrato de trabajo, de suerte que la afectada estará amparada por el art. 14 CE en ese estadio con la prohibición de discriminación directa o indirecta garantizada por su contenido esencial".

En segundo lugar, aquí nos encontramos con el deber de la Administración Pública de garantizar la no discriminación a la mujer con fórmulas tuitivas y flexibles, tal y como se deduce de los dispuesto en los arts. 3, 8 y 51 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Y si a ello añadimos la amplia normativa y jurisprudencia sobre el particular existente en la UE, la única consecuencia posible no es otra que la necesidad de que la Administración Pública adopte medidas o fórmulas flexi-

bles que impidan que la maternidad sea un obstáculo para el acceso al empleo público de la mujer trabajadora, ofreciendo medidas alternativas razonables a la situación específica derivada de la maternidad, que es justo lo que no sucedió en el caso enjuiciado, porque la Administración, lejos de evitar una posible vulneración del principio de no discriminación del art. 14 CE, decidió apartar a la trabajadora sin ofrecerle ninguna alternativa flexible que permitiera, atendiendo a su maternidad, el acceso al empleo, y adjudicando el puesto de trabajo a la siguiente candidata de las que superaron el proceso selectivo.

Esta situación discriminatoria se produce, en tercer lugar, incluso aunque no existe “intencionalidad lesiva”. La idea aquí de esencialidad del derecho (el contenido esencial al que se refiere el art. 53.1 CE) es lo que subyace en esa doctrina. Y es que, en efecto, el examen de constitucionalidad que es propio del recurso de amparo, como se infiere del art. 53 CE, gravita alrededor de la garantía de dicho contenido esencial, esto es, supone un examen sobre si el mismo ha sufrido o no, sobre si han quedado o no afectadas las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo abstracto y preexistente al que pertenece, y sin las cuales dejaría de pertenecer a ese tipo y tendría que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, y, además, sobre si ha sido dañado el contenido del derecho que es absolutamente necesario para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al mismo, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, en suma, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.

De este modo, todo ello descarta, como exigencia para la apreciación de la lesión, la exigencia de la concurrencia de una “intencionalidad” lesiva en el agente que haya afectado al derecho. Lo único relevante es que el contenido esencial haya resultado o no menoscabado, lo cual, traducido al ámbito de la prohibición de discriminación por razón de género, supone que bastará con que quede probado que el factor protegido estuvo en la base del perjuicio o minusvaloración laboral sufrido por la mujer trabajadora; puede declararse la lesión del derecho fundamental aunque no haya ánimo lesivo, en este caso discriminatorio, al bastar la objetividad del perjuicio. Y desde este prisma, el perjuicio es patente, al no haber podido acceder a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, siendo indiferente que quedase o no acreditado el elemento intencional o la motivación discriminatoria de la parte demandada en el proceso judicial (el INE), ya que la decisión debe ser examinada de forma objetiva y objetivamente el perjuicio se ha producido en razón de la maternidad.

En último término, para el Tribunal Constitucional resulta irrelevante que se contratará a otra mujer o que a esta le fueran reconocidos derechos propios de su condición de madre trabajadora. La prohibición de discriminación no exige un contraste con nadie, con un tercero, sino solo la verificación de la concurrencia del factor protegido y el perjuicio que a él haya quedado asociado. Utilizando declaraciones literales de la doctrina del propio tribunal: “la prohibición de discriminación no requiere necesariamente un término de comparación, por más que la discriminación pueda concretarse en desigualdades de trato que pueden ser objeto de contraste o necesitar de este para ser apreciadas” (STCo 171/2012, de 4 de octubre).

En consecuencia, se encuentra fuera de toda duda la obligatoriedad de la formalización del contrato, que afecta a todo concursante en un proceso de selección independientemente de su género, pero también que la maternidad fue lo determinante y, solo en ella, la diferencia en el resultado producido. Un factor protegido, por tanto, que serviría tanto en el contraste con varones como, asimismo, con la persona que fue contratada, mujer como la recurrente pero que, en cambio, no se encontraba en una situación equivalente a la examinada. Lo demuestra que a esta última nada le impidiera la prestación del servicio, o que la recurrente no se opusiera a la formalización de contrato, sino que manifestara su imposibilidad de prestar la actividad en ese momento y su voluntad de hacerlo al final del período de maternidad correspondiente, siendo el INE el que decidió que no podría entonces acceder al empleo, sin ofrecerle una vía que garantizara el derecho que obtuvo en el proceso de selección. Y de todo ello resulta, en fin, que la actuación del INE ocasionó una discriminación directa contraria al art. 14 CE, por ser mujer en estado de maternidad la afectada, resultando esta perjudicada por esa causa, al habersele impedido con fundamentos incompatibles con el segundo inciso del art. 14 CE su derecho de acceso a la plaza que obtuvo en el proceso selectivo, colocándola en una clara desventaja por ser mujer trabajadora y madre.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAROLINA MARTÍNEZ MORENO. *Brecha salarial de género y discriminación distributiva: causas y vías para combatirlas*. Bomarzo, Madrid, 2019.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5393>

Contra la falsa creencia que propugna que la brecha salarial de género es un mito, la autora de esta monografía se propone aclarar los extremos que conducen a las discriminaciones salariales y formula distintas vías para combatirla. Antes de profundizar en la complejidad del tema, el segundo capítulo se dedica a realizar unas cuantas puntualizaciones previas sobre la formula de determinación salarial existente en nuestro ordenamiento jurídico. La importancia de los convenios colectivos y las tablas salariales en ellos establecidas representan la fuente de fijación salarial por excelencia. Las posibles diferencias salariales obedecen al sistema de clasificación profesional, así como al acceso a los puestos de trabajo y los criterios de determinación de los niveles salariales que corresponden a cada grupo profesional. Otra influyente cuestión en la precisión salarial se deriva de la anexión al salario base de los complementos salariales siendo muy importante a la hora de concluir la existencia de discriminación el modo y los criterios conforme a los cuales se establecen esas partidas salariales. Todas las coordenadas expuestas pueden influir en una diferenciación salarial y a todo ello, hay que sumar la discrecionalidad del empresario a la hora de recompensar a las personas que integran su organización productiva en base a su libertad de empresa (art. 38 CE).

Pese a ello, cuando una diferencia salarial no responda a un criterio de proporcionalidad o no esté justificada objetiva y razonablemente caerá inevitablemente en el terreno de la discriminación salarial. Desde fechas muy tempranas, la doctrina constitucional ha afirmado que son legítimas las diferencias salariales que estén objetivamente justificadas salvo que la distinción que de ello pudiera originarse tenga un alcance discriminatorio por incurrir en alguna causa de discriminación constitucionalmente contemplada. En este sentido, incide la autora en la labor jurisprudencial del Tribunal Supremo dado que interpreta el principio de autonomía de voluntad en las relaciones laborales y su vinculación con el principio de igualdad. Para cerrar este capítulo, se alude a las dis-

criminaciones directas e indirectas vinculando las primeras, sobre todo, al tratamiento de la maternidad. Se invocan instrumentos normativos como las Reglamentaciones de Trabajo y las Ordenanzas Laborales, cuya ordenación en materia salarial se refería expresamente al salario femenino caracterizándose por su devolución respecto a los salarios de los hombres. Concluye la autora constatando la aún existente minusvaloración del trabajo femenino.

El espacio dedicado al capítulo tres comprende las diferentes versiones y manifestaciones de la brecha salarial de género. La brecha salarial de género se conoce como "diferencia entre los salarios que de media perciben hombres y mujeres" y en el ámbito europeo se determina sobre la base de la "diferencia media entre los ingresos brutos por hora de los trabajadores y trabajadoras en el conjunto de sectores productivos". La diferencia salarial por unidad de tiempo prueba que el número de horas trabajadas por las mujeres es menor que el de los hombres. La brecha salarial integra en su medición elementos que pueden explicar las distinciones salariales entre hombres y mujeres: propiedades del mercado de trabajo y singularidades del capital humano. La segregación ocupacional, horizontal y vertical, aptitudes y cualidades personales y, por último, las condiciones y circunstancias del trabajo representan factores que perpetran disparidades salariales. La participación de la mujer, la mayor concentración de mujeres en determinadas franjas salariales, la asignación atendiendo a las particularidades de su trabajo constituyen otros factores con decisiva influencia en las mediciones que provocan relevantes "bailes de cifras". La brecha de género revela un fenómeno universal que se origina con independencia de la desagregación de factores o variables que se consideren. La parcialidad y la maternidad son dos importantes factores influyentes en la brecha salarial de género. Respecto al primero, la parcialidad representa un elemento agregado de precariedad que incrementa las diferencias occasionando la discriminación indirecta al estar ante un tipo de empleo predominantemente femenino. La conexión existente entre maternidad y discriminación salarial deriva de los períodos de interrupción o discontinuidad en las trayectorias profesionales de las mujeres trabajadoras con cargas familiares o de menor intensificación en su dedicación. El indicador

global de las diferencias existentes entre mujeres y hombres del Foro Económico Mundial revela desde 2006 datos importantes sobre los avances en la consecución de la igualdad. Una de las conclusiones más importantes del informe emitido en 2018 estriba en que las brechas en el control de los activos financieros y el tiempo dedicado a las tareas no remuneradas influyen en las diferencias salariales entre mujeres y hombres. Respecto a España, la Encuesta de Estructura Salarial del INE muestra que los salarios medios anuales de las mujeres son inferiores a los de los hombres en un 22 por cien. Al margen de una “guerra de cifras”, hay que constatar que las disparidades salariales derivan de distintas fuentes, métodos y sistemas de medición.

Llegando al tema de las causas desencadenantes de la brecha salarial de género, la autora sostiene la existencia de tres variables multifactoriales como originadores de la ruptura del principio de igualdad. La discriminación prejuiciosa y la discriminación estadística retratan los factores psicológicos que llevan a las actitudes discriminatorias contra las mujeres e inciden en su influencia en la producción de la segregación. Una ilustrativa controversia de la irrefrenable discriminación de las mujeres se desprende de la STJUE de 20 de junio de 2019, caso Hakelbracht, en el cual se dirime la aplicabilidad de la Directiva 2006/54, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación en relación con la garantía de indemnidad que integra en su art. 24. Otro supuesto nacional que esboza la garantía frente al despido en caso de embarazo es la STS de 11 de mayo de 2016. Volviendo al punto de partida de este capítulo, las tres variables multifactoriales son: la segregación ocupacional, horizontal y vertical, los criterios de atribución de valor a cada tipo de trabajo y, por último, la división sexual del trabajo. Respecto a la primera variable, la segregación horizontal refleja la tendencia a que la presencia sea desequilibrada en determinados sectores, profesiones, especialidades, etc. Cuando se hace referencia a la segregación vertical se alude a la mayor presencia masculina en puestos de más alto nivel y en los puestos directivos de las grandes empresas. Hay que retroceder en el tiempo y recordar que durante el régimen franquista las disposiciones del Fuero de Tra-

bajo convirtieron a la mujer no en una “media fuerza” sino en un “sujeto con capacidad disminuida” ordenando la consolidación de barreras suficientes para impedir su incorporación al mundo del trabajo. El Decreto de 26 de julio de 1957 permitía el regreso de las mujeres exclusivamente a trabajos feminizados. En las postrimerías del régimen franquista, se adoptó la Ley 56/1961, de 22 de julio, que dulcificaba el régimen jurídico de las mujeres. A pesar de la aprobación del Convenio nº 100 de la OIT en 1951, la versión inicial del ET no recoge el concepto de trabajo de “igual valor”. Esta segregación ocupacional reglada se extiende más allá de la Constitución de 1978 y no es hasta la promulgación de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, cuando se deroga el Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se establecían los trabajos prohibidos a mujeres y menores. Sin embargo, la realidad es más impermeable al cambio que la norma.

Pasando a la segunda variable consistente en la minusvaloración del trabajo femenino, es importante hablar sobre dos cuestiones muy pertinentes para la creadora de esta obra: en primer lugar, los sistemas de clasificación profesional y los sesgos de género y, por otro lado, la estructura y composición del salario en relación con la cuantificación de los complementos salariales. Detendremos esta recensión principalmente en el primero de los vectores expuestos y en este sentido, hay que señalar la subsistencia de estructuras profesionales que optan por un “sistema global” genérico y ambiguo a la hora de determinar y precisar el contenido de los diferentes grupos o niveles profesionales. Lo anterior se traduce en una mayor discrecionalidad para la empresa y en una mayor imposibilidad de detección de posibles arbitrariedades y discriminaciones. Otro aspecto muy relevante deriva de la existencia de sesgos de género en las nomenclaturas y descriptores de los grupos, especialidades y funciones. El estudio objeto de reseña recoge un análisis de la regulación convencional de los criterios integrados en los sistemas de clasificación profesional en relación con el método de la OIT: formación, experiencia, esfuerzo físico, responsabilidad. La redacción conferida al art. 22.3 ET por el RD 6/2019 dispone que la definición de los grupos profesionales se realizará obedeciendo a criterios y sistemas que tengan como propósito garantizar la ausencia de discriminaciones

directas e indirectas entre mujeres y hombres. Lo anterior ha de cumplir con lo dispuesto en el art. 28.1 ET sobre la igualdad retributiva por trabajo de igual valor. En cuanto a la conquista aplicativa del reformado art. 22.3 ET, es de difícil predicción pues su aplicación requiere una correlación de datos entre sistemas de clasificación y tablas salariales.

En cuanto al segundo vector y observando la estructura y composición de los salarios, la regulación estatutaria remite a la negociación colectiva o, en su defecto, al contrato individual para configurar la estructura y complementos salariales. Uno de los complementos que representa un factor de diferencia entre mujeres y hombres es el de la antigüedad dado que las trabajadoras sufren más interrupciones y discontinuidad causadas por la salida temporal del mercado de trabajo con el fin de afrontar responsabilidades familiares. Todo ello obstaculiza la acumulación de tramos de antigüedad y, en consecuencia, el salario será menor que el de un hombre en puesto y circunstancias coincidentes. Con relación a los complementos funcionales, la mayor parte de estos se concentran en actividades industriales donde prevalece el esfuerzo físico. La peligrosidad, penosidad, toxicidad, insalubridad y la turnicidad son complementos que recompensan coyunturas en las que es menos frecuente que trabaje una mujer. Sin embargo, en las profesiones en las que prevalece el trabajo intelectual, administrativo o tecnológico, los pluses predominantes son los de asiduidad, disponibilidad, permanencia, etc., esto es, conceptos vinculados al presentismo laboral que impide la racionalización de horarios para compatibilizar el trabajo con la vida personal. Por último y en lo que se refiere a los complementos conectados al rendimiento, resultados o desempeño, estos dependen del ejercicio de un poder de decisión del empresario de carácter discrecional en una doble acepción: en el momento de la atribución de funciones o adscripción al puesto y en el momento del reconocimiento del derecho a su devengo.

La tercera variable gira en torno a la división sexual del trabajo y al diferente reparto entre el tiempo de la vida, tiempo de trabajo y el tiempo dedicado a tareas de cuidado. El trabajo a tiempo parcial como medida de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo dispone de la virtualidad de posibilitar el trabajo con otras ocupaciones de interés de la persona. Los datos

del INE son reveladores en este sentido ya que muestran la feminización del trabajo a tiempo parcial revelando su vinculación a la maternidad y al cuidado de hijos. El impacto negativo de la parcialidad contractual de las mujeres se plasma sobre las retribuciones y, sobre todo, sobre las retribuciones variables conectadas a objetivos o sistemas de incentivos. Concluye la escritora de esta monografía que el ejercicio de los derechos originados por la maternidad implica una penalización para las mujeres y lo sostiene con sólidos argumentos jurisprudenciales emitidos por doctrina del TS, TC y TJUE.

“Otras manifestaciones de la mayor vulnerabilidad y precariedad del empleo femenino” es el título que Carolina Martínez Moreno ha otorgado al quinto capítulo de la monografía que se reseña. Al margen de los ya referidos factores de precarización, también hay que incidir en otras vías de precarización como los falsos becarios, el crecimiento del trabajo autónomo entre las mujeres como consecuencia de las dificultades de acceso al empleo o las “falsas emprendedoras” representadas por mujeres rurales, inmigrantes o cabezas de familias monoparentales que han encontrado en el autoempleo una forma de sobrevivir. Otra de las situaciones de precariedad laboral femenina viene encarnada por el trabajo doméstico caracterizado por el fraude y la opacidad. Esta precariedad aludida viene masificada por la tasa de irregularidad, por el fuerte componente de extranjería y por la falta de ratificación del Convenio 189 de la OIT sobre trabajo decente para las trabajadoras y trabajadores de hogar. Por otro lado, la reducida cuantía salarial y la parcialidad incrementa la vulnerabilidad de las trabajadoras del hogar. Otro colectivo de trabajadoras castigadas por la precariedad y la debilidad económica es el de las artistas dado que un importante porcentaje no encuentran trabajo en el sector o trabajan sin cobrar. Otros colectivos de riesgo serían el de los jóvenes o las penadas en instituciones penitenciarias que encuentran serias dificultades de reinserción socio-laboral. Sin embargo, hay otras cuestiones que influyen considerablemente en la precarización del trabajo femenino: algunas derivadas de las reformas laborales y otras de las prácticas empresariales. Los descuelgos salariales muy frecuentes en las pequeñas empresas han tenido un mayor impacto para las trabajadoras y la excesiva prolongación de la ultraactividad de los convenios

colectivos ha generado distorsiones al no actualizar sus contenidos contribuyendo a la devaluación de salarios. Respecto a las prácticas empresariales, hay que incidir en las externalizaciones extremas o descentralizaciones “salvajes” que propician la destrucción del empleo y el deterioro de las condiciones de trabajo mediante la “huida” del convenio colectivo. Todo ello tiene como consecuencia unas ganancias e ingresos más bajos y unas prestaciones económicas de la Seguridad Social en cuantía inferior a las de los hombres.

El sexto capítulo es una respuesta a la pregunta que la autora plantea: ¿tiene solución la brecha salarial de género? En una primera aproximación, la creadora de esta necesaria obra concentra las respuestas en dos grupos: las normas y los cambios legislativos y las políticas e instrumentos de ejecución de las mismas. Desde el punto de vista de los cambios normativos, la igualdad y la no discriminación se consagra como principio de los estados constitucionales de derecho y viene recogido en numerosos textos internacionales de derechos humanos. Se cita, en primer lugar, la Declaración de Derechos Humanos, pero se confiere mayor atención al impacto normativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. También merecen una especial mención los convenios de la OIT, especialmente el Convenio 111, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación y el Convenio 100, relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. No menos importante es el ámbito europeo y aquí la autora detiene su atención en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea. En este sentido, se señala que el acervo comunitario ha ostentado una notable influencia en el desarrollo de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en España. Entre las alusiones normativas europeas, cabe destacar el art. 119 del Tratado de Roma y el art. 157 del Tratado de Funcionamiento, así como el derecho derivado representado por las Directivas 2002/73/CE y la Directiva 2006/54/CE. En este espacio europeo, también se destaca la importante labor de interpretación y concreción del TJUE.

El itinerario normativo realizado en la obra llega a la normativa española postconstitucional dictada para la consecución de la igualdad

efectiva entre mujeres y hombres confiriéndose una especial importancia a la Constitución de 1978 y al Estatuto de los Trabajadores. Otros hitos normativos relevantes son la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, que consolida los derechos de conciliación y la Ley 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, que constituye “un ejemplo de iniciativa en el ámbito de las normas, capaz de contribuir a reducir la desigualdad entre los sexos”. Llegando al RD 6/2019, éste ha promovido la modificación del art. 28 ET, así como la obligación empresarial de tener un registro que integre los valores medios de los salarios y sus componentes y que todos ellos vayan desagregados por sexo y distribuidos por grupos profesionales. El citado Real Decreto también atribuye a los representantes legales de los trabajadores el derecho a recibir información sobre la aplicación en la empresa del derecho a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres. Su labor reformadora no se detiene ahí dado que también reformula los arts. 37.4 y 38.4 ET.

El último apartado del capítulo que venimos examinando versa sobre las políticas públicas incluyendo su autora las actuaciones en el seno de la UE y en España. Con respecto al marco europeo, las actuaciones del Parlamento europeo se fundamentan en informes y recomendaciones en relación con la igualdad entre mujeres y hombres, con la brecha de género y la constitución de instituciones y organismos especializados. Antes de abandonar el ámbito europeo, hay que incidir en el conjunto de medidas propuestas en el Compromiso Estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres: mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo, independencia económica de la mujer respecto del hombre y reducción de la brecha salarial y brecha en las pensiones. Regresando al ámbito nacional, Carolina Martínez Moreno subraya la importancia de la actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que ha actuado a través de planes y campañas para perseguir las conductas y prácticas discriminatorias. Por otro lado, el Plan Director para un Trabajo Digno 2018-2020 pretende contribuir al alcance de la igualdad de género y trabajo decente compaginándose su consecución con las campañas de inspección. Otro destacado instrumento sería la denominada Herramienta

de autodiagnóstico de brecha salarial generada por el Instituto de la Mujer y el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, adoptada en el marco del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, y el Sistema de valoración de puesto de trabajo en las empresas con perspectiva de género. La Red DIE pone en práctica medidas que han sido recopiladas en una guía de buenas prácticas para las empresas. Por último, la autora, en razón a sus orígenes asturianos dedica un delimitado espacio a las iniciativas públicas en materia de igualdad existentes en su respectiva Comunidad Autónoma. Cierra este capítulo insistiendo en el importante papel de la negociación colectiva a la hora de complementar la ley y la actuación de los poderes públicos.

Llegando al término de esta recensión, hay que plasmar unas cuantas reflexiones finales de la autora de la obra. La erradicación de las desigualdades salariales entre mujeres y hombre sólo es posible desde la superación de la segregación, la valoración del trabajo sin ses-

gos de género y la conciliación corresponible de la vida familiar y laboral. Para la superación de la segregación en todas sus vertientes resulta fundamental el plano educativo y formativo y el cambio de mentalidad del empresariado conforme al cual es preferible una mano de obra dócil y disciplinada. Alcanzar la igualdad en los sistemas de valoración de puestos de trabajo y esquemas salariales es posible a través de la eliminación de sistemas de clasificación sexistas, objetivación de los criterios de valoración, filtrar las estructuras salariales de conceptos de dudoso origen y limitar la atribución discrecional de partidas salariales a un colectivo en detrimento de otro. Esta monografía es clausurada con la reivindicación de un cambio de modelo en cuya consecución se ha de implicar y comprometer la sociedad en su conjunto.

Gratiela-Florentina Moraru
Profesora Ayudante Grado Doctora
Universidad de Castilla-La Mancha

VARIA

Caminando hacia la erradicación de la esclavitud del siglo XXI

TANIA GARCÍA SEDANO

Doctora en Derecho

Magistrada Suplente Audiencia Provincial de Madrid

Profesora Asociada de la Universidad Carlos III de Madrid

Colaboradora de la Universidad Pontificia de Comillas

Recibido: 26/03/2020

Aceptado: 27/03/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5394>

Introducción

El pasado seis de marzo se celebró en Getafe, en el espacio Mercado, el día de la mujer y se hizo bajo con una Jornada titulada: Prostitución y trata; la esclavitud del s. XXI que fue organizada por la Delegación de la Mujer e Igualdad del Ayuntamiento y el Instituto de Estudios de Género de la Universidad Carlos III.

La Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, estima que actualmente en el mundo existen 27 millones de personas que son víctimas de alguna de las formas contemporáneas de esclavitud, entre las que se incluyen el trabajo forzoso y la servidumbre.

La Jornada se incardina dentro de la estrategia que el consistorio municipal está desarrollando para la abolición de la prostitución. Dentro de la misma se celebraron las Jornadas del 8 de marzo bajo el lema “Rebélate”, pretendiendo hacer un llamamiento a la necesidad de conquistar derechos y oportunidades para las mujeres y por la abolición de la trata, los vientres de alquiler y la prostitución porque no son oficios, si no la mayor explotación que sufren las mujeres y uno de los negocios más lucrativos del mundo.

Dentro de la Estrategia debe destacarse la aprobación de la Ordenanza de fecha 20 de agosto de 2019, rubricada Ordenanza de convivencia ciudadana del municipio de Ge-

tafe, y que en palabras de la alcaldesa, Sara Hernández, es: "una ordenanza que nos pone a la altura de otras grandes ciudades que ya la tienen, el objetivo es ordenar en positivo la convivencia, proteger los diferentes usos de nuestra ciudad, para disfrutarla, desde el respeto por los demás y por nuestro entorno".

Es de destacar que Ordenanza tiene como objetivo luchar contra la prostitución, preservando los espacios públicos como lugares de convivencia, civismo e igualdad, evitando actividades de explotación sexual que difundan una imagen del ser humano como mero objeto sexual y perturben la convivencia social.

Análisis de la jornada

La inauguración de la Jornada corrió a cargo de la Alcaldesa de Getafe, Sara Hernández, y de la Directora del Instituto de Estudios de Género, Rosa San Segundo. Ambas pusieron de manifiesto su compromiso abolicionista y subrayaron que la trata con fines de explotación sexual y la prostitución son un ataque frontal a la dignidad del ser humano.

El acto se estructuró en torno a una ponencia marco, titulada Prostitución, Abolición y feminismo, en la que Rosa Cobo, con su talante didáctico y gran contundencia, defendió el abolicionismo como eje de la cuarta ola feminista e identificó la prostitución como espacio simbólico y real en el que el capitalismo global y el patriarcado priman el beneficio económico a los derechos humanos de las mujeres.

El primer coloquio se articuló entorno a la idea de la construcción de alternativas al discurso hegemónico tendente a la articulación del cuerpo de la mujer como objeto de consumo. En él participaron Olmo Morales Maite Parejo y Eva Martínez Ambite y moderó Rosa San Segundo.

En esta mesa se cuestionó la imagen que de las mujeres existe en los medios de comunicación y redes sociales. No carece de simbolismo ni de propósito, el dibujar y perfilar a las mujeres como un trofeo carente de voluntad, un cuerpo a doblegar o un mero ícono de moda.

Se subrayó la relevancia de los grupos de hombres para la construcción de una masculinidad igualitaria y el papel activo de las mujeres en el diseño de una nueva construcción social.

El segundo coloquio giró sobre la proyección del documental Irioweinasi, el hilo de la luna, que narra la historia de Blessing una joven nigeriana en cuya historia de vida encuentran baldosas comunes los diversos relatos de las jóvenes que desde el país africano conocido como el gran elefante negro (por sus riquezas petrolíferas) realizan su proyecto migratorio vinculándose a una red de trata de personas, principalmente con fines de explotación sexual en Europa. El significado de Irioweneiasi es que nadie es tan fuerte como para tirar del hilo de la luna y bajarla, nadie puede arrebatar la vida de un ser que es cuidado, y encierra un contenido profundo que se muestra con lenguaje e imágenes de gran sencillez, sin sentimentalismos, pero con la honestidad y humanidad necesarias para apreciar el verdadero alcance de la realidad vivida por cientos de mujeres.

El camino por el que atraviesa media África lo realiza por tierra, como ocurre en la mayoría de los casos, habiendo invertido en él algo más de tres años, durante los cuales acumulará daños, estrategias y fuerza.

En una trenza coral se encuentran en esta película las voces de las profesionales que abordan la trata de personas y las de las protagonistas que de alguna manera están vinculadas a ella y que gracias a un proceso de recuperación de su relato a través del arte nos hablan, nos compelen, exigen y proponen.

Con posterioridad a esta proyección y con la tensión contenida debido a la crudeza del fenómeno y a la delicadeza en su abordaje, se abrió un debate, con la participación de las Directoras, Inmaculada Antolínez y Esperanza Jorge, y de las entidades especializadas en materia de trata de seres humanos que actúan en el ámbito getafense: Amar Dragoste y Apramp, que fue moderado por Marian Blanco.

Finalizó la jornada con la última de las mesas en la que se abordaron los retos en la persecución de la trata y abolición de la prostitución: desde la mirada feminista, legislativa y de políticas públicas. En ella se contó con la participación de Montserrat Sampere, Sonia Vivas, Pilar Rasillo y Tania García, moderando el magnífico Juan José Tamayo.

Consideramos que fue un éxito, no solo por la gran asistencia de público si no por su magnífica participación y las sinergias que nacieron en el Acto.

Conclusiones

Es preciso abordar las causas subyacentes a la trata de seres humanos para poner fin a esta lacra.

No puede prescindirse del enfoque de derechos humanos y de género en el abordaje y debe incorporarse la perspectiva financiera pues ambos fenómenos existen porque son muy lucrativos.

Todos somos agentes clave para acabar terminar con estas realidades tanto como ciudadanos, como consumidores, clientes, etc...

Todos somos agentes clave para acabar terminar con estas realidades, desde la reflexión y desde una perspectiva crítica, tanto como ciudadanos y como consumidores, especialmente aquellos que son los clientes de la prostitución y alientan una de las principales causas de este fenómeno: la demanda.

Los avances en el ámbito local son muy relevantes porque ademas de impactar más directamente sobre su población, dan pautas en contextos más amplios e inauguran senderos para las políticas públicas a adoptar en ámbitos territoriales más amplios.

Crónica del Acto Institucional del 8 de marzo-Igualdad de las Mujeres de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTSS)

GRATIELA-FLORENTINA MORARU

*Profesora Ayudante Grado Doctor
Universidad de Castilla-La Mancha*

Recibido: 20/03/2020

Aceptado: 26/03/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2020.5395>

El imaginario social y los acontecimientos acaecidos en una fecha tan señalada como es el 8 de marzo reflejan la necesidad de un abordaje integral de la igualdad y no discriminación en el mundo laboral. Como consecuencia de lo anterior, la AEDTSS celebra todos los años un evento institucional con el fin de conmemorar una fecha destacada para la entera sociedad y para el conjunto de relaciones laborales. El acto fue inaugurado por la presidenta de la asociación, María Emilia Casas Baamonde, junto a Julián Ariza Rico, presidente en funciones del Consejo Económico y Social (CES) de España. Este último señala que el 8 de marzo constituye una fecha con raíces para el mundo de las relaciones de trabajo e incide en que María Emilia Casas representa una persona clave para situar los derechos laborales en una perspectiva más amplia de ciudadanía. Por otro lado, el presidente en funciones del CES ha querido hacer referencia al papel del Consejo en materia de igualdad y a la iniciativa propia de los consejeros de crear una comisión de trabajo de la mujer. Lo anterior nació con vocación de aprobar varios informes que evidencian un seguimiento sistemático de la participación de las mujeres en el mundo laboral. En su intervención, Ariza se refiere a la brecha salarial como un aspecto negativo para el alcance efectivo de la igualdad y considera que los planes de igualdad sirven de medio de articulación de medidas legales y medidas negociadas por los actores sociales. Los planes de igualdad pueden servir para mostrar la capacidad de los representantes legales en la consecución de la igualdad destacando que la negociación colectiva es fundamental para la regulación de una realidad diversa.

Tras las anteriores ideas expresadas por el presidente en funciones del CES, interviene María Emilia Casas con el mismo objetivo de inaugurar el acto conmemorativo. Ce-

lebrándose por tercera vez consecutiva este acto, la presidenta de la AEDTSS insiste en la importancia del CES en el dialogo social dado que manda una importante señal a la sociedad respecto de la actividad que realiza. Destaca que el planteamiento en este acto de los planes de igualdad se justifica por su deficiente consolidación institucional y es por ello que realizar una revisita a la institución de los planes de igualdad se convierte en una necesidad imperiosa. Los Planes de igualdad se inscriben en el indispensable objetivo de lograr la igualdad efectiva y material pues la Constitución de 1978 tiene un contenido potente en materia de igualdad. Por otro lado, el Estado Social y Democrático de Derecho es inconcebible sin el principio de igualdad y no discriminación. Hay que recordar que la CE ordena a los poderes públicos remover los obstáculos para la consecución de la igualdad insistiendo la presidenta de la AEDTSS en el art. 35.2 CE y en su influencia en el ámbito laboral. Recuerda que la CE es hija de su tiempo e invita a reflexionar en torno a los posibles propósitos del constituyente hace 40 años atendiendo a la realidad tan diferente en cuyo seno se adoptó la Norma Suprema. Por otro lado, pone de relieve la fotografía masculina del Alto Interprete de la Constitución y el paso de tan sólo seis mujeres en 40 años por este órgano. María Emilia Casas insiste en la importancia de los roles de genero interiorizados por la sociedad y en la eternización de la supremacía masculina. Sus alegatos ponen de relieve que la denominada supremacía masculina se ha extendido a instituciones muy diversas, como por ejemplo el FMI, lo cual convierte el cierre de las brechas en un proceso muy lento. Es de colosal importancia la igualdad entre los que intervienen en el mercado de trabajo y no hay que olvidarse del trabajo de cuidados, el cual representa el 41 por cien y sin el cual una sociedad no puede vivir. El trabajo de cuidados es un trabajo principalmente asumido por mujeres convirtiéndose el camino de la corresponsabilidad en el único posible para fomentar una mayor y equilibrada participación de las mujeres en el mercado de trabajo y en todos los ámbitos. Ofrecer una imagen minúscula de la mujer nos distancia considerablemente de la consecución de la igualdad. El avance requiere la participación de los hombres para alcanzar la igualdad. Por último, la aproximación a la materialización de la igualdad exige no el trabajo en solitario de las universidades sino también el acompañamiento de las asociaciones y de la sociedad en su conjunto.

Tras las anteriores palabras, el primer panel del acto es inaugurado por Jaime Cabeza Pereira, que al margen de introducir a los dos primeros ponentes, señala que el tema elegido es inducido por la reforma operada por el RD 6/2019 y por la necesidad de hacer balance después de 13 años de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. El primer ponente es Carlos Alfonso Mellado, introducido por Jaime Cabeza como un experto en materia de negociación colectiva y una de las personas que más ha reflexionado sobre la Carta Social Europea y los incumplimientos de España en materia de igualdad. Por otro lado, el moderador de esta primera ronda de intervenciones presenta a Ana Domínguez Morales destacando su compromiso con la formación de los jóvenes en formación de la Sección Juvenil de la AEDTSS y su magnifica tesis doctoral, así como su compromiso con la investigación en materia de igualdad.

La breve introducción iniciada por Jaime Cabeza es seguida por la ponencia de Carlos Alfonso Mellado, catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universi-

dad de Valencia, que dedica sus siguientes palabras a “La configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido”. En este sentido, el ponente manifiesta que en una sociedad democrática el papel de las mujeres es imprescindible siendo la igualdad una pieza fundamental para la construcción de una sociedad libre e igualitaria. La desigualdad está muy asentada en nuestra sociedad y, por ello, la Ley Orgánica 3/2007 fue aprobada con vocación de convertirse en una norma integral que diera respuesta a las insuficiencias derivadas de las deficiencias jurídicas. Esta ley ha sido calificada como una ley de desarrollo constitucional destinada a reforzar las medidas de acción positiva. El camino hacia la igualdad ha sido complejo: se empezó con su consagración en la CE, donde se contemplan las discriminaciones directas, pero sin proteger las desigualdades históricas, y luego se avanzaron medidas de acción positiva a través de la doctrina del TC promoviendo esta misma roles de género (medidas de guardería para las mujeres). No obstante lo anterior, la igualdad en el mundo laboral no se ha alcanzado y la Ley Orgánica 3/2007 pretende contribuir a través de los planes de igualdad a la materialización de la misma en la empresa. El RD 6/2019 ha servido para mejorar el tratamiento de los planes de igualdad como instrumento negociado en contra de los espacios unilaterales de decisión del empresario que se configuran como origen de desigualdades. Las novedades incorporadas por este RD suponen una revalorización del diagnóstico y la expansión de los planes a más empresas y trabajadores beneficiados. El plan de igualdad no es un conjunto aislado de medidas, sino que tiene carácter integrador en la empresa. Por último, señala el catedrático que con la reforma actual el plan de igualdad se sitúa en un escenario de conflicto y la negociación es un potente instrumento para avanzar en la igualdad.

La disertación del profesor Alfonso Mellado es completada por la posterior intervención de Ana Domínguez Morales, profesora de la Universidad de Sevilla, cuya temática versa sobre “El diagnóstico en la elaboración de los planes de igualdad”. La ponente insiste en la relevancia constitucional del tema y, en cuanto al concepto de plan de igualdad, pone de relieve la indefinición contenida en la Ley Orgánica 3/2007. Para la elaboración del plan de igualdad es fundamental una descripción real de la situación de la empresa en materia de género dado que el diagnóstico sirve de fundamento para el establecimiento de las medidas para asegurar la igualdad. En su ponencia, Ana Domínguez alude a varios aspectos esenciales como los sujetos legitimados, sujetos externos, contenido del diagnóstico, herramientas para su elaboración, objetivos y resolución de controversias durante el diagnóstico. Para la elaboración del diagnóstico, hay que obtener información cuantitativa (datos registrados por la empresa, encuestas a trabajadores, encuestas a la dirección, etc.) e información cualitativa (estudio de convenios y acuerdos de empresa aplicables, análisis del contexto empresarial, condiciones de trabajo). El principal propósito estriba en obtener información detallada de la empresa con perspectiva de género, gestionar los recursos humanos y su incidencia en la igualdad de oportunidades y, por último, detectar las principales discriminaciones.

Después del enmarque exhaustivo sobre el diagnóstico en el plan de igualdad, Alejandra Selma Penalva, profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, retrata la problemática derivada de la “Aplicación y gestión de

los planes de igualdad" poniendo énfasis en la necesidad de articular un periodo de re-evaluación del plan dado que este entraña un proceso dinámico. Respecto al cumplimiento de las disposiciones contenidas en el plan de igualdad, hay una diferencia muy sutil entre las sanciones por infracciones graves y muy graves pues es importante detenerse en las consecuencias que puede generar a la empresa no cumplir con lo dispuesto en el plan de igualdad. Se destaca la notable importancia de las comisiones de igualdad y también de las cláusulas de responsabilidad corporativa en las cuales se potencie la igualdad de género. La mera tenencia de un plan de igualdad no ha de confundirse con su cumplimiento ya que existen medidas que nunca se han cumplido en la empresa o planes de igualdad no actualizados. La profesora Selma Penalva plantea distintas interrogantes en torno a varias cuestiones aplicativas de los planes de igualdad y sobre aspectos que obstaculizan el seguimiento del plan de igualdad (descuelgue del plan).

La última intervención corresponde a Héctor Maravall, presidente de la Comisión de Trabajo de Relaciones Laborales, Empleo y Seguridad Social del CES, y versa sobre la "Negociación colectiva y buenas prácticas en materia de planes de igualdad". Antes de comenzar su discurso, el ponente incide en la dificultad de hacer una valoración sobre este tema dado que las Administraciones Públicas no han estado a la altura a la hora de elaborar estadísticas y datos sobre este aspecto. Destaca que la implantación de los planes de igualdad no ha sido una medida bien recibida por el sector empresarial debida a que su aprobación coincide con la crisis económica y no hubo entusiasmo por parte de las empresas. Héctor Maravall señala que hacer una valoración de los planes de igualdad existentes en la actualidad requiere remitir a la exposición de motivos del RD 6/2019, dónde se incide en los resultados tímidos e insignificantes. El presidente de la Comisión de Trabajo de Relaciones Laborales del CES ha manifestado que hay que ser critico con la participación de las consultoras en la elaboración del diagnóstico y de los planes de igualdad. Por último, advierte que en las relaciones laborales no se alcanzará la igualdad mientras en las estructuras de poder exista infrarrepresentación.

El acto concluyó con la entrega del Tercer Premio "8 de Marzo. Igualdad de las mujeres" a la profesora Carmen Grau Pineda por el trabajo titulado "Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad" siendo entregado por el vicepresidente de la AEDTSS y Beatriz Quintanilla, integrante de la Comisión de Igualdad de la AEDTSS.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Femeris. Revista Multidisciplinar de Estudios de Género publica artículos originales e inéditos, sobre aquellas temáticas relacionadas con las mujeres, la investigación feminista y los estudios de género.

Los artículos serán el resultado de una investigación original y deberán contener conclusiones novedosas apoyadas en una metodología debidamente planteada y justificada. Sólo se admitirán trabajos inéditos que no estén en proceso de evaluación en otras revistas.

Los artículos pueden ser redactados en español, inglés o francés. Los/as autores/as deberán enviar sus textos por email a: revistafemeris@uc3m.es ajustados a las normas de edición que se muestran a continuación.

Normas de edición

1. Los artículos no podrán superar las 12.000 palabras o las 30 páginas de extensión, comprendidas las notas a pie de página y bibliografía.

2. En la primera página se hará constar el título en español e inglés, el nombre y apellidos del autor/a, el centro de trabajo o adscripción profesional y la dirección de correo electrónico.

3. En la segunda página se incluirá un resumen en español e inglés de una extensión mínima de 200 y máxima de 300 palabras cada uno. Igualmente se redactarán 5 ó 6 palabras clave en ambos idiomas.

4. Se utilizará el tipo de letra Arial, tamaño 12, con interlineado de 1'5. No se dejarán espacios en blanco entre párrafos. El texto debe presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC).

5. Las tablas deben presentarse en un formato compatible con Microsoft Word (PC). Se

generará un documento específico para las tablas y figuras. Cada tabla y figura se presentarán en hojas separadas. Las figuras (ilustraciones, diagramas, fotografías y gráficos) deben presentarse en formato imagen (JPG, TIFF o EPS) y en escala de grises. Las figuras (gráficos, cuadros, mapas, fotografías, etc.) deberán tener gran calidad de resolución, con un mínimo de 300 ppp.

Nunca han de entregarse sólo las imágenes incrustadas en el documento Word; siempre han de suministrarse también de forma independiente en cualquiera de los formatos mencionados.

Las tablas irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto. Igualmente las figuras irán enumeradas con numeración arábiga consecutiva según su aparición en el texto.

La referencia a las tablas e imágenes en el texto se hará en la forma: (Tabla 1), (Tabla 2), (Figura 1), (Figura 2). Deberá indicarse claramente en el manuscrito el lugar del texto en el que debe intercalarse cada figura o tabla.

Cada tabla y figura irá acompañada de un pie de tabla o de figura que la explique brevemente. Dichos pies de tabla y de figura deberán añadirse, de manera ordenada, en una nueva página al final del manuscrito. Deberán estar escritas en Times New Roman 10 e interlineado sencillo.

6. Las notas a pie de página referidas a fuentes y bibliografía se señalarán antes de cualquier signo de puntuación. Figurarán numeradas correlativamente y escritas en tipo de letra Arial, tamaño 10, a simple espacio de interlineado, y doble espacio entre nota y nota. La veracidad de las citas de fuentes y de referencias bibliográficas será responsabilidad del autor o autores del artículo.

7. La bibliografía se habrá de presentar al final de los artículos, ordenada alfabéticamente por autores/as. Con objeto de visibilizar las aportaciones de las mujeres a la investigación, deberá

constar el nombre completo de las/os autoras/es en cada referencia de la sección de Bibliografía.

Se utilizará el sistema APA 6^aEd. (Walter, 2010). Se debe poner siempre el año de la primera edición. Para más información: <http://www.apastyle.org/>

Para las citas superiores a cuatro líneas es obligatorio copiarlas, sin comillas ni cursiva, en un párrafo, con el margen más centrado que el texto (a 1, derecha e izquierda), y letra Times New Roman, 11, interlineado sencillo.

Normas para las reseñas bibliográficas

Se aceptan reseñas de publicaciones de investigación feminista y de género cuya fecha de publicación esté comprendida en los últimos tres años. Se seguirán las mismas normas de edición que para los artículos, a excepción del resumen, palabras clave y sumario.

Las reseñas tendrán una extensión comprendida entre las 1.000 y las 2.000 palabras. El contenido de las reseñas deberá abordar los siguientes puntos:

Un resumen que dé cuenta del tema abordado por el autor del libro, señalando sus principales aportaciones y el enfoque adoptado; se recomienda también la referencia a las fuentes utilizadas en la investigación.

Una contextualización de la obra analizada en un debate más amplio, estableciendo comparaciones con otras investigaciones que hayan abordado temas similares o que hayan adoptado enfoques parecidos.

Una valoración crítica de la obra que permita establecer las aportaciones del trabajo reseñado pero también sus posibles fallas o las nuevas preguntas que plantea dentro del debate en que se sitúa. No se publicará ninguna reseña que haga una presentación sin valoración crítica.

Las recensiones, una vez evaluadas y revisadas podrán ser devueltas a sus autores para que incorporen las mejoras sugeridas.

Proceso de evaluación y revisión por pares

La recepción de un original no presupone la aceptación para su publicación. Los originales son, en primer lugar, leídos por el Consejo de Redacción para comprobar si cumplen tanto los requisitos de las normas de edición, como unos

mínimos de contenido científico y de adecuación a las líneas y objetivos editoriales de la revista.

El Consejo de Redacción envía los originales, sin el nombre del autor o de la autora, a dos revisores/as externos/as al Consejo Editorial, recurriendo al sistema de pares y “doble ciego” manteniendo el anonimato tanto del autor/a o autores/as como de los/as evaluadores/as, quienes emiten su informe en un plazo máximo de seis semanas.

Sobre esos dictámenes, el Consejo de Redacción decide rechazar o aceptar el artículo o solicitar modificaciones al autor o autora del trabajo. En el caso de que los dos informes recibidos sobre un original sean contradictorios, se acudirá a un tercer revisor/a externo/a.

Los/las autores/as reciben una notificación detallada y motivada donde se expone, retocado, el contenido de los informes originales, con indicaciones concretas para la modificación si es el caso.

El informe emitido por los/as revisores/as incluye:

— Una valoración global del artículo y de los resúmenes.

— Una valoración cuantitativa de la calidad (buena | aceptable | insuficiente) según estos cinco criterios: originalidad e interés del tema; pertinencia en relación con las investigaciones actuales en el área; rigor metodológico y articulación expositiva; bibliografía significativa y actualizada; pulcritud formal y claridad de discurso.

— Una recomendación final: publicar | solicitar modificaciones | rechazar.

Los/as autores/as cuyos artículos hayan obtenido un dictamen favorable pero con sugerencia de correcciones lo volverán a enviar a revistafemeris@uc3m, una vez incorporadas las mejoras, en el plazo de quince días. En el caso de modificaciones de calado, el artículo será nuevamente evaluado por dos evaluadores externos y un miembro del Consejo de Redacción, antes de su eventual publicación. Si se hiciera necesaria la no aceptación de algún trabajo, la decisión será comunicada a su autor/a justificando los motivos en que se basa.

La revista se compromete a comunicar a los/as autores/as la decisión positiva o negativa sobre la publicación de sus originales en el plazo de dos meses desde que se hayan recibido.