

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 GALLEGOS, 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 **El reto de la igualdad laboral en la era post Covid**
Eva María Blázquez Agudo

Artículos

- 12 **Criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos y no discriminación por razón de género**
Criteria and systems for professional promotion and promotions and non-discrimination on the basis of gender
Gemma Fabregat Monfort
- 34 **Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo**
Indirect wage discrimination and job valuation systems
Mirentxu Marín Malo
- 61 **Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género**
Gender-neutral job evaluation
M. Begoña García Gil
- 84 **Covid-19 e igualdad de género**
Covid-19 and gender equality
María Dolores Fernández Galiño / José Fernando Lousada Arochena
- 118 **¿Avances en la lucha contra la discriminación salarial por razón de sexo?**
Progress in the fight against wage discrimination based on sex?
Raquel Poquet Catalá
- 144 **Cómo avanzar en la lucha por la libertad e igualdad de la mujer: propuestas legales frente a la cosificación, hipersexualización y pornificación de la sociedad**
How to progress in the fight for women's freedom and gender equality: legal proposals in face of objectification, hypersexualization and pornification of contemporary society
Carlos Padrós Reig
- 162 **La violencia de género en España: apuntes para la erradicación**
Violence against women in Spain: notes for eradication
Alfonso Toribio del Hierro

MisCELÁnea

- 187 **Análisis del retrato de Manuela Carmena en ABC durante sus primeros cien días como alcaldesa**
Manuela Carmena's mayor portrait analysis in ABC during her first one hundred days as Mayor
Lara Carrascosa Puertas

Crónicas jurisprudenciales

- 215 **Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad**
Latest judicial pronouncements on conciliation and co-responsibility
Ana de la Puebla Pinilla
- 227 **Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2019 a 31/8/2020)**
Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2019 to 31/8/2020)
Jean Jacqmain
- 252 **Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2020)**
Chronicle of the Spanish Constitutional Court case on equality rights (year 2020)
Ricardo Pedro Ron Latas

Referencias bibliográficas

- 264 GRAU PINEDA, C. *La brecha de pensiones en España*
(Patricia Nieto Rojas)
- 266 SIERRA HERNÁIZ, E., VALLEJA DACOSTA, R. (Directoras); PEDROSA ALCÁZAR, S. I. (Coordinadora). *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*
(Patricia Nieto Rojas)
- 268 VENTURA FRANCH, A. e IGLESIAS BÁREZ, M. (Coords.). *Manual de Derecho Constitucional Español con Perspectiva de Género.*
(Sergio Martín Guardado)
- 271 ARAGÓN GÓMEZ, C. y NIETO ROJAS, P. *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*
(Carmen Grau Pineda)

Varia

- 274 **Crónica del acto institucional del 8 de marzo. Igualdad de las mujeres de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTS)**
Chronicle of the institutional act of 8 March. Women's Equality of the Spanish Association of Labour Law and Social Security (AEDTS)
Concha Sanz
- 279 **Crónicas de las jornadas “Por un empleo digno en el sector de cuidados: superando los roles de género”**
Chronicles of the conference 'For a decent job in the care sector: overcoming gender roles'
José Antonio Martínez Rodríguez

EDITORIAL

El reto de la igualdad laboral en la era post Covid

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO
Fundadora Revista Femeris
ORCID ID: 0000-0002-8214-1960

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6133>

En el contexto previo a la post-pandemia, se edita el tercer número especial de la Revista Femeris, que se publica en colaboración con la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Teniendo, por tanto, otra nueva oportunidad para analizar los asuntos más candentes sobre la igualdad de género en el mercado laboral.

Mucho se ha hablado sobre si la pandemia ha afectado a los derechos de las mujeres. En todo caso, lo que parece indiscutible es que las trabajadoras se han llevado la peor parte de este período (EUROFOUND, *Living, working and Covid-19: Impacto on gender equality*, marzo 2021). Se ha puesto de manifiesto que las responsabilidades familiares, que soportan de forma usual las trabajadoras, en tiempos de confinamiento se han incrementado, debido a que junto a su actividad laboral han tenido que asumir permanentemente labores de cuidado de su familia, funciones a las que se ha añadido la de “docente auxiliar”. Mientras que los/as hijos/as han tenido que seguir sus clases desde casa, han requerido igualmente el apoyo continuo en su escolaridad, añadiéndose esta tarea a las ya comunes de cuidados familiares. Una vez más, se ha puesto de manifiesto la dificultad de compaginar la vida familiar y laboral, en este caso, en un contexto especial que ha llevado a la convivencia permanente de la familia y a la mezcolanza continua de ambas facetas de la vida.

La consecuencia más común de la situación provocada por la pandemia ha sido la reducción de horas de trabajo por parte de las mujeres por razón de cuidado de dependientes, con la consabida aminoración de retribuciones. Pero, la obligada conciliación también ha provocado importantes trastornos de salud como consecuencia de los nuevos riesgos psicosociales que se han surgido durante la pandemia.

En todo caso, después de todo, es posible que esta situación quizás también deje algún aspecto positivo, como puede ser poner en evidencia los esfuerzos que la atención de las responsabilidades familiares implica para las personas trabajadoras. Es decir, el re-

conocimiento por parte de la sociedad y de todos los progenitores del valor de las labores de cuidado, al haber asistido de forma directa a las complicaciones de las tareas familiares que se han tenido que superarse día a día.

Con independencia de estas cuestiones, más sociológicas que jurídicas, varias son las modificaciones legislativas que se han llevado a cabo en esta etapa relacionadas con la asunción de las responsabilidades familiares. Empezando por el Real- Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, el cual incluyó medidas destinadas a las personas trabajadoras y a sus familias, estableciendo como preferente el trabajo a distancia, en este momento sí con el objeto de conciliar con la situación de confinamiento, donde los/as hijos/as no asistían presencialmente a la escuela; o el Plan MECUIDA, donde se reconocía respecto a los familiares por consanguinidad hasta el segundo grado el derecho a la adaptación de la jornada y/o reducción de la misma, cuando concurriesen circunstancias excepcionales relacionadas con las actuaciones necesarias para evitar la trasmisión comunitaria del coronavirus. En este Plan, se echó en falta el establecimiento de compensaciones económicas en los supuestos de reducciones a la jornada con el fin de no aminorar el salario de las personas cuidadoras, que, en general, han sido mujeres. Puesto que finalmente su puesta en marcha vuelve a producir el efecto indirecto de que sean ellas, que son las que se hacen cargo de los cuidados, quienes reduzcan sus salarios, acentuando las diferencias retributivas por razón de género.

La organización del trabajo durante la pandemia también ha precipitado la aprobación del Real Decreto- ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. No obstante, antes de avanzar, hay que señalar que el teletrabajo es una forma de organizar el tiempo de trabajo. Lo que se ha vivido durante el confinamiento no ha sido teletrabajo, sino que ha supuesto una suerte de imbricación constante de la vida laboral y familiar, casi de supervivencia diaria, en una situación muy distinta a la cotidiana. Solo se empezó a desarrollar, tal y como se establece en la norma, cuando se reestablecieron las clases y la vida familiar volvió a la casi normalidad. No obstante, ha servido para fomentar una forma de trabajar que parecía estancada y que ha puesto de manifiesto sus virtualidades durante la pandemia.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2020 señala, desde mi punto de vista de forma errónea, la relación del teletrabajo con la conciliación familiar. Hay que advertir que, si bien la flexibilidad que aporta colabora en este espacio, esto no significa que se constituya en acción de esta naturaleza. Si se equipara teletrabajo con una medida de conciliación, finalmente serán las mujeres las que utilicen esta forma de organización del trabajo con este fin, y serán ellas de nuevo las que sufran los inconvenientes del teletrabajo, siempre que no se coordine de forma mixta con jornadas de trabajo presenciales, que pueden conllevar la pérdida del aprendizaje por contacto con el resto del personal, efectos de los riesgos psicosociales y aumento de las dificultades para promocionar en la empresa. Todo esto redundará, seguramente, en el aumento de la brecha salarial.

Con independencia de la pandemia, pero coincidiendo en el tiempo, el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, ha obligado a las empresas a desarrollar un registro salarial en aras a garantizar que hombres y

mujeres son remunerados de la misma forma por trabajos de igual valor. Asimismo, se ha regulado el deber de auditoria salarial para aquellas empresas que deben desarrollar un plan de igualdad, todas las que tienen al menos 50 personas trabajadoras, cuando finalice la transitoria, que tiene como objeto también detectar el incumplimiento de esta desigualdad en el salario.

Seguramente con todas estas medidas se consiga la finalidad indicada: la igual remuneración por trabajos de igual valor. Pero, solo con ellas, no se alcanzará la superación absoluta de la desigualdad salarial. La brecha salarial no es monocausal. Su existencia está motivada por diversos elementos. En todo caso, es en gran parte el efecto de la posición de la mujer en el mercado laboral: su excesiva presencia en sectores con baja remuneración, infrarrepresentada en el ámbito de la ciencia, tecnología e ingeniería; de la mayor proporción en el trabajo a tiempo parcial; y de las menores opciones de promocionar, esto es, el llamado “techo de cristal”, que impide que las mujeres asciendan no ya solo al ámbito de la dirección, sino incluso al de los mandos medios. Y este es un elemento fundamental que analizar y al que buscar causas y soluciones: los efectos de las limitaciones en la promoción y ascenso de las mujeres y sus consecuencias en la brecha salarial.

Como es fácil concluir, la única diferencia real entre los hombres y las mujeres es una cuestión biológica: la maternidad. Sus potenciales consecuencias en la vida laboral llevan a que las mujeres puedan ser vistas como menos productivas en los momentos de su vida en que se encargan de los cuidados familiares y optan por emplear las medidas de adaptación a la jornada o reducción de esta por ser la mejor solución económica para la familia.

Si bien es verdad que la equiparación de los permisos de nacimiento para ambos progenitores ha resuelto esta cuestión durante los primeros momentos del cuidado, queda aún por solventar la atención de los/as hijos/as hasta los 12 años. En general, siguen siendo las mujeres las que reducen su jornada por este motivo y esta opción no solo aminora proporcionalmente su salario, sino también sus posibilidades reales de promoción. Pero, asimismo son quienes asumen la atención en caso de enfermedad, el acompañamiento a consultas médicas o las relaciones con el colegio, entre otras. Y, en esta lógica, como se ha señalado, han sido las que se han hecho cargo de los cuidados de los/as menores durante la pandemia.

Como dentro del núcleo familiar las mujeres son las que menor retribución tienen, son ellas las que se encargan de las tareas de cuidado, puesto que la reducción de sus salarios, inciden menos en el presupuesto económico de la familia. Así, como un circulo sin fin, las mujeres se encargan los cuidados y, en su caso, aminoran sus jornadas de trabajo, reduciendo sus sueldos; y como sus retribuciones son más reducidas, siguen siendo ellas las que se ocupan de los cuidados. Y como se asocian los cuidados con las mujeres, de la misma forma asumen esta tarea respecto a los dependientes.

Frente a esta situación, solamente hay un camino hacia la igualdad de oportunidades entre hombre y mujer: la flexibilidad de la jornada laboral y la corresponsabilidad. Ambas cuestiones están muy relacionadas.

En primer lugar, los cuidados, sobre todo dada la baja tasa de natalidad española, es una tarea que debe ser asumida por todos: obviamente por ambos progenitores, pero

también por la empresa. En este sentido, es precisa la asunción empresarial de las medidas de conciliación familiar y laboral no como una carga, sino como una oportunidad de mejora del clima laboral, de compromiso de las personas trabajadoras con su trabajo y, consecuentemente, como un elemento que incrementa su productividad y su competitividad. Con este objetivo es preciso poner en marcha medidas de flexibilidad de la jornada que permitan a las personas trabajadoras atender a sus responsabilidades familiares, sin necesidad de solicitar la reducción de jornada. Esto es, ir un poco más allá de la adaptación de jornada que debe solicitarse por la persona trabajadora, e incorporarse en los convenios colectivos o, incluso, como práctica de la empresa, la posibilidad de flexibilizar la jornada, en el momento concreto que sea preciso, para compatibilizar la vida familiar y laboral, e incluso la personal, siempre con las excepciones lógicas que imponga la actividad desarrollada y las necesidades de la empresa.

Pero, además, las Administraciones públicas también deben implicarse en este asunto, estableciendo medidas con el fin de reducir la feminización de los cuidados. Es decir, con la incorporación de políticas que faciliten estas tareas reduciendo el esfuerzo económico a las familias. En definitiva, la corresponsabilidad es una tarea de toda la sociedad.

Solamente cuando el cuidado sea asumido de forma igualitaria por hombres y mujeres, cuando exista libertad absoluta, sin ningún otro condicionante como la pérdida salarial, para desarrollar estas labores, será posible alcanzar la igualdad laboral en todos los aspectos, incluidos los salariales. Y en este contexto hay que asumir los retos que el mercado laboral presenta en la era post-Covid, al que aportan valiosas soluciones los contenidos de este número que ahora se presenta.

En este número de FEMERIS, que una vez más, gira en torno al acto institucional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social del Día Internacional de la Mujer, se afronta un elemento importante en el contexto descrito, que no es otro que la “Igualdad de género, sistema de clasificación profesional y valoración de puestos de trabajo”. Esta vez el evento se desarrolló en colaboración con el Consejo Económico y Social y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Y, no quedó más remedio por razones sanitarias, que celebrarlo en modalidad online, lo cual, no obstante, no restó calidad al acto, sino que, al revés, permitió que muchas personas, que no podrían haberse trasladado hasta Madrid para asistir, pudieran hacerlo de forma cómoda desde su lugar de origen.

En la línea presentada, de las dificultades en la promoción y ascenso de las trabajadoras, la primera ponencia de esta jornada, publicada en este número como el primero de siete artículos, fue a cargo de la profesora Fabregat y llevaba por título “*Criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos y no discriminación por razón de género*”, donde analizó la discriminación por razón de sexo en el ámbito de la promoción profesional, poniendo el acento en las causas que promueven la segregación horizontal y vertical en el mercado de trabajo e impiden a las mujeres promocionar profesionalmente. Asimismo, se centró en el valor que la negociación colectiva podría tener en el ámbito del proceso de selección con el fin de garantizar la objetividad en la contratación.

Como segundo artículo de este número, se encuentra la aportación de la profesora Marín Malo, que lleva por título “*Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración*”.

ción de puestos de trabajo”, que además fue el que obtuvo el premio de investigación sobre igualdad y no discriminación que concede cada año la AEDTSS por el Día Internacional de la Mujer. Este magnífico trabajo, que ha merecido esta calificación, parte de la premisa que la desigual valoración de puestos de trabajo es una de las causas que explican la brecha salarial de género. Apuesta por dar un paso más en la identificación de situaciones de discriminación salarial, apostando por incorporar sistemas de valoración de puestos de trabajo neutros desde la perspectiva de género.

La profesora García Gil, en un tercer artículo, “*Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género*”, presenta como la desigualdad salarial entre hombres y mujeres en las relaciones laborales tiene una relación directa con la valoración de puestos de trabajo. Este trabajo se origina también en una ponencia presentada en el acto de la AEDTSS del Día Internacional de la Mujer, y se centra en demostrar que la valoración de los puestos de trabajo es una herramienta fundamental en la visualización de las diferencias retributivas de las mujeres y los hombres, cuando realizan un mismo trabajo o de trabajos distintos, pero de igual valor; y que debe constituirse como una evaluación objetiva del puesto, independientemente de la persona que lo ocupe.

Posteriormente, se puede leer el artículo de la magistrada Fernández Galiño y el magistrado Lousada Arochena quienes analizan, a través del trabajo “*Covid-19 e igualdad de género*”, el impacto de la pandemia desde una triple perspectiva: las consecuencias de la enfermedad sobre la salud de las personas; las del confinamiento y medidas acordadas para combatir la enfermedad; y, por último, las sociales, laborales y económicas derivadas de la enfermedad. Todo esto con el fin de concluir que la pandemia ha puesto en riesgo la igualdad, pero también se ha convertido en la oportunidad de los poderes públicos de introducir la perspectiva de género en la reconstrucción del mercado laboral.

En la misma línea, la profesora Poquet Catalá, con su artículo “*¿Avances en la lucha contra la discriminación salarial por razón de sexo?*”, examina la normativa reciente, tanto nacional como internacional, y la jurisprudencia destinada a promover la igualdad retributiva, aportando una visión completa de esta materia, que pone de manifiesto qué avances se han producido y qué retos quedan aún por desarrollar.

Dejando el hilo conductor del derecho del trabajo, se completa este número con dos artículos. El profesor Padrós, con su trabajo “*¿Cómo avanzar en la lucha por la libertad e igualdad de la mujer: propuestas legales frente a la cosificación, hipersexualización y pornificación de la sociedad*”, analiza la igualdad desde la represión de los delitos de género y las agresiones sexuales, completando la visión de la igualdad a través de los fenómenos de la hipersexualización y la cosificación de la mujer, y poniendo de manifiesto como la disponibilidad absoluta de contenidos pornográficos, cada vez más violentos y vejatorios contra las mujeres, frenan la consecución de la igualdad. La solución que aporta ante esta realidad es la puesta en marcha de medidas preventivas, el control de su contenido, la limitación de su acceso, así como la aplicación de las figuras penales de la inducción o la apología respecto a la difusión de contenidos ilícitos; la aplicación del tipo específico del delito de odio por razón de género; y la extensión de la responsabilidad de quienes alojen estos contenidos en la red.

Por último, Alfonso Toribio, con “*Apuntes para la erradicación de la violencia de las mujeres en España*”, aborda la violencia de género desde su conceptualización y diferenciación entre sexo y género, desde el análisis de la perspectiva detallada del caso español a través del análisis jurídico de la Ley 1/2004 y el Convenio de Estambul.

Asimismo, fuera ya de los artículos, en la sección de Misceláneas se incluye un análisis del “*retrato de Manuela Carmena en ABC durante sus primeros cien días como alcaldesa*”, cuya autora es la profesora Carrascosa Puertas.

Este número se complementa con la sección clásica de las crónicas jurisprudenciales en la materia; y la presentación del contenido de jornadas destacadas como la titulada “*Por un empleo digno en el sector de cuidados: Superando los roles de género*”, dirigida por la profesora Rodríguez Escanciano y la del acto de la AEDTSS por el Día Mundial de la Mujer, que ya ha sido referenciado. Su última parte se dedica al comentario de las novedades bibliográficas en igualdad y mercado laboral: Grau Pineda, C., *La brecha de pensiones en España*, Albacete, Bomarzo, 2021; Sierra Hernández, E./Valleja Dacosta, R. (Directoras); *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*, Navarra, Aranzadi, 2020; Ventura Franch, A./Iglesias Bárez, M. (Coords.), *Manual de Derecho Constitucional Español con Perspectiva de Género*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020; y Aragón Gómez, C./ Nieto Rojas, P., *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, Madrid, Wolters Kluwer, 2021.

Muchas gracias por todos estos contenidos que contribuyen una vez más a la promoción de la igualdad de la mujer en el mercado laboral desde distintos puntos de vista, apuntando soluciones valiosas que poner en marcha con este fin.

ARTÍCULOS

Criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos y no discriminación por razón de género

Criteria and systems for professional promotion and promotions and non-discrimination on the basis of gender

GEMMA FABREGAT MONFORT

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universitat de València*

Recibido: 25/02/2021

Aceptado: 26/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6134>

Resumen. La garantía del derecho de las personas trabajadoras a la promoción profesional y/o el ascenso sin discriminación de género, constituye una cuestión de esencial importancia en aras de lograr la efectiva igualdad material de mujeres y hombres en las relaciones laborales.

Eradicar o reducir de manera considerable la segregación horizontal y vertical que a día de hoy cabe apreciar en nuestro mercado de trabajo, exige necesariamente concretar qué impide a las mujeres promocionar profesionalmente o, al menos, porque el ascenso, la promoción, resulta tan difícil en sus carreras profesionales. A todo ello va referido este estudio, cuya pretensión final es señalar algunos de los aspectos que deberían ser tenidos en cuenta en los criterios y sistemas de promoción profesional y/o ascensos aplicables con el fin de que las personas trabajadoras puedan desarrollarse profesionalmente sin ser directa, indirecta o socialmente discriminadas por razón de género.

Palabras clave: discriminación en las relaciones laborales; promoción profesional y género; promoción profesional; mujer; acción positiva.

Abstract. The legal guarantees to protect workers' right to professional promotion and/or advancement in their professional careers without suffering gender discrimination is a highly important issue in order to achieve an effective substantive equality between women and men in the labour relations field.

To eradicate or, at least, considerably reduce the observed horizontal and vertical segregation in our labour market today, it is necessary to identify key factors such as those preventing female workers from professional promotion or, at least, those making their promotion more difficult than in the case of their male colleagues. The aim of this paper/report is to point out the main key factors that should be taken into account and addressed when designing and implementing appropriate criteria and requirements for the systems of professional promotion in the labour relations in such a way that female workers can develop their professional career without being directly, indirectly or socially discriminated against for gender reasons.

Keywords: gender discrimination in labour relations; promotions and gender; professional promotion; women; positive action.

Introducción

La igualdad de mujeres y hombres en los ascensos, en la promoción profesional, objetivamente a día de hoy constituye una cuestión altamente relevante para la igualdad de unas y otros como personas trabajadoras. En un momento en el que parece quedar fuera de toda duda la necesidad de garantizar la igualdad de mujeres y hombres en la empresa –y en la sociedad–, en la que la erradicación de la discriminación de género ha dejado de ser una cuestión marginal, para ser aceptada y reclamada por empresas y agentes sociales como un derecho fundamental y no como únicamente una cuestión de responsabilidad social, que también, la persistencia de la infrarrepresentación femenina en los puestos de responsabilidad, consecuencia de la dificultad que tienen –tenemos– las mujeres, para ascender y promocionar hacen de esta cuestión una de las más trascendentales y, paradójicamente, menos atendidas, en el tratamiento jurídico laboral de la igualdad de género.

Por eso el tema a que se refiere este artículo me parece de vital importancia en aras de lograr más que una igualdad formal una verdadera igualdad real, material, de mujeres y hombres en las relaciones laborales.

En efecto, como antes mencionaba, creo que en términos generales nadie, o pocos, cuestionan ya la necesidad de erradicar cualquier tipo de discriminación de género en la sociedad en general y en, por lo que aquí interesa, la realidad laboral. Socialmente existe cierto consenso respecto la necesidad de que mujeres y hombres seamos iguales en derechos y obligaciones como personas trabajadoras. Que no exista discriminación ni en la entrada, ni en el desarrollo de la relación laboral ni al final, en el momento de la extinción. De entre todas estas realidades el presente artículo solo se centra en una: la de la promoción profesional y/o ascensos.

1. La realidad de la mujer en la promoción profesional. Breve referencia a las estadísticas

Cierto que la evolución normativa que se ha producido en lo que afecta a la igualdad de mujeres y hombres como personas trabajadoras, y muy especialmente tras las modificaciones de los últimos años, como después referiré, ha contribuido a crear en la conciencia social la necesidad de garantizar con mayor contundencia la igualdad de género y la erradicación de la discriminación entre mujeres y hombres también en el empleo. No obstante, y sin desmerecer lo logrado, resultaría contraproducente adoptar un rol excesivamente triunfalista. Es muchísimo lo conseguido, pero sigue siendo insuficiente. Cierto que desde una perspectiva histórica merece ser puesto en consideración, pero aun así la igualdad que parece haberse alcanzado es en ocasiones más aparente, más formal, que real. No hay que dejar de insistir que en igualdad de género cuando no se avanza, se retrocede. Y eso es especialmente significativo en materia de promoción profesional y ascensos.

Es importante considerar, en ese sentido, como cualquier estadística¹ pone de relieve la existencia de una clara segregación vertical y horizontal en el mercado de trabajo, causa y consecuencia del hoy tan citado techo de cristal² o suelo pegajoso³. Si se incide un poco más desde un análisis sistemático e integrado de los datos, los estudios estadísticos demuestran una incómoda verdad: tanto en los sectores feminizados como en los sectores masculinizados la mujer se encuentra infrarrepresentada en los puestos de responsabilidad.

La infrarrepresentación femenina en los puestos de responsabilidad es el único común denominador existente en lo que a segregación del mercado de trabajo se refiere entre sectores feminizados y sectores masculinizados. De hecho, es lugar común afirmar que en los sectores feminizados las mujeres se encuentran ubicadas en los puestos más bajos del escalafón profesional –fundamentalmente– y, en menor medida, en los puestos intermedios. Aunque no en los puestos superiores, donde sigue siendo difícil que la presencia de la mujer no sea residual, anecdótica. No deja de ser paradójico que, en sectores, en actividades cuantitativamente conformados de forma muy mayoritaria por mujeres, los mejores puestos desde la perspectiva cualitativa estén en manos masculinas.

En los sectores masculinizados, esto es, en los sectores conformados mayoritariamente por hombres desde una perspectiva cuantitativa, por su parte, la presencia de la mujer suele ubicarse en los puestos intermedios. No es común su presencia en los puestos más bajos de la jerarquía empresarial ni por supuesto tampoco lo es en puestos superiores. Las mujeres, en estas actividades “masculinizadas” suelen acceder a un empleo por estar en posesión de un título académico medio o superior, pero difícilmente se piensa en ellas para una promoción ni para un ascenso. Fundamentalmente si el puesto en cuestión implica responsabilidad y/o poder.

¹ Cfr. con el estudio del INE *Mujeres y hombres en España (2019)* y más en concreto con su apartado 1.5 “Ocupados por ramas de actividad, por tipo de ocupación, por situación profesional y por tipo de puesto laboral”https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259931459725&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=1259924822888. Consultado el día 14 de febrero de 2021. En el mismo sentido y para contrastar estos datos resulta de interés igualmente el informe *Mujeres y hombres en España 2006*, del INE, https://www.ine.es/buscar/searchResults.do?Menu_botonBuscador=&searchType=DEF_SEARCH&startat=0&L=0&searchString=ocupaci%C3%B3n%20por%20sectores%20mujeres%20mercado%20de%20trabajo. Igualmente, el Boletín elaborado por el gabinete de estudios del C.E.S. sobre el panorama sociolaboral de la mujer en España pone de manifiesto que, durante el segundo trimestre del 2007, la tasa de actividad entre los hombres supera a las de las mujeres, igual que la tasa de empleo, en la que los varones siguen estando por encima. No obstante, la tasa de paro es mayor entre estas últimas casi doble que la de los hombres. Y lo mismo puede decirse, en cuanto a superación de las mujeres a los hombres, en relación con el índice de temporalidad.

² Por techo de cristal se hace referencia a “la existencia de obstáculos artificiales e invisibles, pero existentes, que siendo consecuencia de la tradición y perjuicios sociales dificultan e impiden que la mujer acceda a esos puestos de mayor responsabilidad”. Esa definición del techo de cristal es de la OIT. Véase, OIT *El acceso de las mujeres a los puestos de dirección. Informe para el debate de la Reunión Tripartita sobre el acceso de las mujeres a los puestos de dirección*. Ginebra. O.I.T., 1997.

³ Se denomina “suelo pegajoso” en el ámbito de los estudios de género, a la realidad por la cual las mujeres tienen numerosas dificultades para poder abandonar la esfera de lo privado (el ámbito doméstico), hacia el espacio público, y que le dificultan el acceso al mercado laboral. Cfr. “Entre el techo de cristal y el suelo pegajoso”. *Género y Economía*. 30 de abril de 2009. Consultado el 18 de mayo de 2018.

2. Marco Normativo Aplicable

Lo anterior existe y persiste no obstante contar con una ingente normativa aplicable al respecto, no solo desde la perspectiva del derecho internacional⁴, del derecho europeo⁵ sino también desde el derecho interno. El marco general que desde esa triple perspectiva resulta aplicable en materia de igualdad de trato de mujeres y hombres y prohibición de discriminación de género en las relaciones laborales, descendiendo a lo concreto en lo que a promoción y ascensos se refiere, exige considerar la prohibición de discriminar en el ascenso en el art. 24 ET así como las obligaciones al empleador fijadas en los arts. 45 y 46 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y

⁴ El mandato de la OIT de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mundo del trabajo está consagrado en su Constitución y fue proyectado en las normas internacionales del trabajo pertinentes. Los cuatro Convenios clave de la OIT son: el Convenio (núm. 100) sobre igualdad de remuneración (1951), el Convenio (núm. 111) sobre la discriminación en el empleo y la ocupación (1958), el Convenio (núm. 156) sobre los trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y el Convenio (núm. 183) sobre la protección de la maternidad (2000). Los Convenios 100 y 111 también se cuentan entre los ocho Convenios fundamentales de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo.

Además, El mandato de la OIT respecto de la igualdad de género fue reforzado por las Resoluciones conexas adoptadas por el órgano supremo de decisión de la Organización, la Conferencia Internacional del Trabajo. La más reciente de ellas es la Resolución relativa a la igualdad de género como eje del trabajo decente, adoptada en junio de 2009; y la Resolución relativa a la promoción de la igualdad de género, la igualdad de remuneración y la protección de la maternidad, adoptada en junio de 2004. En su decisión de marzo de 2005, el Consejo de Administración encomendó incorporar la perspectiva de género en la cooperación técnica.

Igualmente también está establecido en una amplia gama de instrumentos internacionales de fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. Entre otros, cabe mencionar la propia Carta de las Naciones Unidas, numerosas resoluciones de la Asamblea General, las Conclusiones acordadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en relación con la integración de la perspectiva de género, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (por sus siglas en inglés, CEDAW), la Plataforma de Acción de Beijing de 1995 y su seguimiento, y los Objetivos de Desarrollo del Milenio (hoy denominados Objetivo de desarrollo Sostenible).

⁵ La Unión Europea, ya como Comunidad Económica Europea (CEE), según el Tratado de Roma firmado el 25 de marzo de 1957, se refirió a la igualdad de género, en concreto, a la necesaria garantía de la igualdad retributiva de mujeres y hombres. Esta declaración de intenciones, que en ese caso tenía poca aplicabilidad práctica, empieza a adquirir consistencia en años posteriores. En efecto, el Tratado de Maastricht de 1993, primero, y el Tratado de Ámsterdam, después, en 1997, diseñaron un marco jurídico favorable a la igualdad de género en el empleo.

El primero, el de Maastricht, lo hizo fundamentalmente al legitimar la posible implantación de medidas de acción positiva orientadas a compensar y equilibrar la desigualdad de la mujer en aras de alcanzar una igualdad real de unos y otras.

El Tratado de Ámsterdam, por su parte, es más ambicioso en este sentido, al fijar como objetivo transversal comunitario el reconocimiento de la igualdad, exigiendo al respecto la “obligación de adoptar medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, y entre otros, de orientación sexual” (Art. 13)

Ahora bien, la implicación de la Unión en materia de igualdad no se ha limitado al derecho originario, sino que ha descendido también al derecho derivado. En efecto, en un espacio temporal de poco más de 25 años se han adoptado hasta 17 directivas comunitarias específicas de igualdad centradas en las áreas de acceso al empleo, retribución, protección social, dignidad en el trabajo y participación equilibrada en la toma de decisiones.

Es importante destacar, igualmente, la Carta de Derechos Fundamentales de 2000 que si bien no aporta novedad legislativa alguna sí realiza una importante labor de recopilación de lo fijado en tratados, convenciones e interpretado por la jurisprudencia, dotando de mayor visibilidad a los derechos reconocidos por la Unión hasta el momento de su adopción. En efecto, la Carta de Derechos Sociales consagra la igualdad de todas las personas ante la ley y la prohibición de toda discriminación especialmente la que se produce por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

La labor de la Unión Europea y su compromiso con la igualdad real ha sido determinante en la evolución normativa en materia de igualdad de género tanto por su legislación en igualdad de trato; la transversalidad de género o integración de la perspectiva de género en todas las políticas. Sin desmerecer, antes al contrario, las medidas específicas a favor del avance de las mujeres.

hombres –en adelante, LOI⁶–, hoy desarrolladas, además, por el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

En efecto, por lo que al derecho interno se refiere y de forma muy sucinta debe tomarse en consideración:

- a) En primer lugar, que la libertad empresarial para ascender que reconoce el art. 24 ET remitiendo a la regulación convencional, al acuerdo de empresa y, en su defecto, permitiendo que en el ámbito de la empresa privada sea la dirección de la empresa quien decida la persona a ascender de no fijarse otra cosa convencionalmente, siempre ha contado con un límite preciso: la prohibición de discriminación de género.
- b) No deja de ser llamativo que la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres a este respecto sea expresamente mencionada. Que en materia de ascensos se haga mención expresa a la posibilidad de discriminar cuando no está referenciada en general en la regulación del resto de condiciones de trabajo⁷.
- c) Esa previsión expresa respecto la prohibición de discriminar entre mujeres y hombres, tiene un efecto pedagógico, recordatorio para las partes, a quienes se les insiste en su necesario sometimiento al mandato del art. 14 CE y del art. 17 ET, evidenciándose, así, que con independencia de que la promoción y/o el ascenso, se fije por convenio colectivo o sea la empresa la que decida unilateralmente al respecto, nunca en la promoción profesional o el ascenso se puede discriminar en función del género.
- d) Ciento que, seguramente por un olvido del legislador, la referencia expresa no se repite en el art. 39.4 ET en lo que a promoción profesional automática se refiere por la superación del plazo máximo de la movilidad funcional superior de seis meses durante un año u ocho durante dos –o el que convencionalmente se fijase– sin que el convenio regulase el derecho de otra persona a ascender. Y aunque ello no significa sino que en ese caso rige la prohibición de discriminación general, habida cuenta la prevalencia del art. 14 CE al 38 C.E. y, en consecuencia, al art. 39.4 ET, la ausencia en este punto refuerza la relevancia del tema en los ascensos en general, en los que sí se menciona desde la ley expresamente y a modo de recordatorio para la negociación colectiva y la dirección de la empresa, la necesidad de respetar la prohibición de discriminar por razón de género, en todo caso, y como

⁶ Con la adopción de esta Ley, se da cumplimiento a las Directivas Europeas en este sentido, especialmente a la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio del 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición); Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 –Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 5 de octubre del 2002– por el que se 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo.

⁷ Con todo, también lo está en clasificación profesional y en el sistema de retribución, pero no en el resto de condiciones laborales.

límite imperativo a la hora de fijar el sistema de ascensos y/o determinar quién va a ascender.

- e) El problema, en todo caso, tiene que ver no solo con el reconocimiento legal del derecho sino también con su tutela efectiva. De hecho, cuando la tutela en materia discriminatoria descansaba únicamente en la prohibición-sanción, la mujer que se veía discriminada en el no ascenso y/o en la no promoción, difícilmente podía hacer valer sus derechos.
- f) Incluso rigiendo la prueba de indicios –arts. 96 y 181.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, en adelante, LRJS⁸– resulta difícil desde la tutela que sanciona el incumplimiento, restituir el derecho de quien no es promocionada, no es ascendida, por ser mujer. En primer lugar, porque en muchas ocasiones la inexistencia de criterios objetivos para ascender hace que la prueba, pese a ser indiciaria, sea imposible. Cuando no está reglado el ascenso o la promoción es muy complejo demostrar que el hecho de que se ascienda a una persona y no a otra, que es mujer, responde a un móvil discriminatorio⁹.
- g) Pero incluso en los pocos casos en los que la discriminación de género se produce pese a estar regulado el ascenso, la reclamación que a esos efectos se insta acaba muchas veces mediante una conciliación, limitando la tutela a una reparación económica. Lo que aunque en última instancia puede compensar en el caso en particular, no por ello resultará constitutivo de una tutela efectiva desde la verdadera reparación del daño a las mujeres como colectivo discriminado.
- h) Llegados a este punto, en el año 2007, esto es, y me interesa remarcarlo, hace ya 14 años, se aprueba la LOI, y con y tras ella la tutela en materia de discriminación, sin renunciar a la reacción, esto es, a sancionar la discriminación en tanto en cuanto se produce¹⁰, intenta evitar que se produzca desde una perspectiva proactiva, exigiendo, para ello, que en toda empresa se garantice la igualdad de trato de mujeres y hombres.
- i) En efecto, el art. 45 LOI impone a toda empresa, con independencia del número de personas trabajadoras que conformen su plantilla, la necesidad de respetar la igualdad de trato entre mujeres y hombres mediante la adopción al respecto de medidas negociadas, y en su caso acordadas, con los representantes legales de los trabajadores en la forma que se determine en la legislación laboral.

⁸ Contemplado igualmente en el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, previo a la LRJS. En concreto son los arts. 96 y 179.2. Igualmente, véase SsTC 38/1981, 82/1997, 87/1998.

⁹ Cfr. STS de 18 de junio de 2011, Rec. 133/2010, referente a una empresa en la que no se promocionaba a mujeres; y, aunque referida a la contratación, muy significativa por no querer contratar a una mujer por ser mujer es la STSJ Andalucía de 22 de febrero de 2012, AS 2012/2054

¹⁰ Suele olvidarse que la LOI, entre otras cosas, también modifica el 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 especialmente, por lo que aquí interesa, su art. 8.12 en el que expresamente se establece la consideración de infracción muy grave a decisiones unilaterales de la empresa que comporten discriminación directa e indirecta en lo que afecta, entre otras cosas, a la promoción de las personas trabajadoras.

- j) Algunas empresas, en función de su plantilla –en la redacción primigenia de la LOI, las de más de 250 personas trabajadoras–, porque así lo impone el convenio colectivo o por permutar una sanción accesoria por discriminar según la autoridad laboral, debían y deben instrumentalizar esa obligación de garantizar la igualdad de mujeres y hombres en la relación laboral mediante la implantación de un Plan de Igualdad.
- k) El RD-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, como se sabe y por lo aquí interesa supone dos novedades importantes: a) de un lado, el umbral cuantitativo de empresas obligadas a negociar un Plan de Igualdad disminuye de manera paulatina, pasando de 250 a 50 personas trabajadoras a partir de marzo de 2022¹¹; b) de otro, las materias que hasta la fecha conformaban cuanto se recomendaba abordar en el Plan de Igualdad pasan a ser, con un ligero matiz que no afecta a la promoción profesional ni a los ascensos¹², temas de obligado tratamiento en el diagnóstico cuantitativo y cualitativo de la realidad de la empresa en función del cual se diseñarán las medidas que conformarán el plan, que a partir de ese momento expresamente se exige que sea negociado¹³.
- l) En el año 2020 se adopta, por lo que aquí interesa, el RD 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, en el que, entre otras cosas, y por lo afecta al tema que nos congrega, fija en su art. 8 un contenido mínimo para el Plan de Igualdad entre el que se encontrará la promoción y ascensos en el diagnóstico de situación y en las medidas a adoptar.

¹¹ El art. 1.2. RD-Ley 6/2019 a estos efectos, introduce una nueva disposición transitoria décima segunda a la LOI, con la siguiente redacción “Para la aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 45 y en los apartados 2, 4, 5 y 6 del artículo 46 de esta ley orgánica, en la redacción dada a los mismos 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: 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. Las empresas de cincuenta a cien personas trabajadoras dispondrán de un periodo de tres años para la aprobación de los planes de igualdad. Estos periodos de transitoriedad se computarán desde la publicación del Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, en el *Boletín Oficial del Estado*”.

¹² La modificación no afecta a la promoción profesional, sí a la auditoria salarial que se incluye expresamente igual que la infrarrepresentación femenina.

¹³ Cfr. FABREGAT MONFORT, G., *La obligatoriedad del Plan de Igualdad tras el RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo*. Bomarzo, 2019 y la bibliografía que allí se cita. Cfr. con ROMERO RODENAS, M.J., *Planes de igualdad*, Bomarzo. Albacete, 2017. Entre las obras posteriores cabe considerar, entre otras, ALFONSO MELLADO, C.L., “Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido”. Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, volumen 5, número 3, *Número monográfico editado en colaboración con Asociación Española de Derecho y Seguridad Social* dedicado a la igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 33-55. En el mismo número de la citada revista GRAU PINEDA, C., “Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad”, págs.. 8-32; SELMA PENALVA, A., “Aplicación y gestión de los planes de igualdad. La asignatura pendiente”, Págs. 81-99.

3. La tutela ante la discriminación de género en el ascenso y promoción profesional

La afectación que todo este marco normativo general que sucintamente acaba de describirse supone, en lo que específicamente se refiere a la tutela de la promoción profesional y ascenso, puede sistematizarse como sigue:

- a) Si desde la tutela tradicional es difícil restituir de manera efectiva a la mujer que se ha visto discriminada en su promoción profesional o ascenso al ser muy compleja tanto la prueba como, aun probándolo, la reposición de la situación al momento anterior -de ahí que en el mejor de los casos la única tutela de la víctima era de carácter económico-; la cuestión cambia con la aprobación de la LOI.
- b) La LOI fija una tutela mixta en la que las medidas sancionadoras se combinan con medidas promocionales que, más que actuar cuando la discriminación se ha producido, lo que pretenden es evitar que esta se produzca.
- c) La tutela promocional a la que me refiero exige que toda empresa sea respetuosa con la igualdad de género también en el ascenso y la promoción. Y para ello se negociarán y, en su caso acordarán, medidas a ese respecto.
- d) La obligación vincula a toda empresa con independencia del número de personas trabajadoras en plantilla que la conformen. Aunque en las empresas a que se refiere el art. 45.2, 45.3 y 45.4 LOI esas medidas se implementarán en un Plan de Igualdad.
- e) En esos casos, en el ámbito de la empresa -o grupo de empresas-, en el diagnóstico, primero, se analizará desde la perspectiva de la discriminación directa, indirecta y social el sistema de promoción profesional y ascensos -además de la infrarrepresentación femenina en puestos de responsabilidad- existente en la empresa y su afectación cuantitativa y cualitativa desde una perspectiva de género. Es decir, que se estudiará, en primer lugar, cuál es el sistema existente, así como su afectación en mujeres y hombres. Y, a resultas de lo anterior, y en función de los resultados que arroje el diagnóstico, en segundo lugar, el Plan contemplará cuantas medidas sean necesarias para garantizar la igualdad en la promoción profesional y en los ascensos en la empresa en cuestión.
- f) Cabe subrayar que el Plan de Igualdad, a este respecto, puede desarrollar sistemas de promoción que entren en clara contradicción con cuanto establece el convenio colectivo. En la medida en que el Plan de Igualdad tiene un valor de convenio de empresa -o como mucho, de grupo de empresas- podría erróneamente creerse que en aplicación del art. 84.2 ET solo respecto las materias expresamente allí citadas, el Plan de Igualdad resulta de aplicación de entrar en contradicción su regulación con cuanto fija el convenio colectivo. Evidentemente esta no debe ser la interpretación en caso de concurrir una posible contradicción entre regulaciones en el sentido expuesto.
- g) Aunque lo cierto es que por regla general las regulaciones que contemplen cada uno de estos sistemas negociales serán más complementarias que contrapuestas,

por cuanto que la regulación convencional, de existir, suele ser muy genérica, por lo que normalmente cuanto se contemple en el Plan solo lo completará; si efectivamente esa contradicción entre regulaciones convenidas existiese, deberá entenderse que predomina lo regulado en el Plan de Igualdad frente a lo que pueda prever el convenio habida cuenta el fundamento jurídico del primero respecto el segundo, cual es, el de ser por Ley Orgánica considerado el instrumento garante del derecho fundamental a la igualdad de género y la prohibición de discriminación en las relaciones laborales. Como digo, la contraposición de regulaciones será verdaderamente más ficticia que real. Pero de producirse no creo que constitucionalmente pueda resolverse de otra forma a la de dar prioridad a los arts. 9.2 y 14 C.E. y, en consecuencia, al Plan de Igualdad.

4. Algunas causas de la infrarrepresentación femenina. La innegable relación entre la regulación de la promoción profesional y la de la conciliación desde la responsabilidad

Llegados a este punto, de forma previa a la determinación de cómo deben ser, al menos en mi opinión, los criterios a aplicar en aras de erradicar la discriminación en el ascenso y en la promoción, conviene pararse un momento, siquiera brevemente, a analizar las causas o motivos que pueden explicar, que no justificar, cómo pese a la evolución normativa y la instauración de un nuevo tipo de tutela antidiscriminatoria, claramente positiva, la infrarrepresentación de la mujer en los puestos de responsabilidad, causa y consecuencia de las escasas o nulas promociones o ascensos de la mujer a los puestos de poder, sobre todo, sigue siendo una de las discriminaciones de género más persistentes en la empresa. Cierto que no todas las promociones ni ascensos son a puestos de responsabilidad. Pero, como se ha visto en base a los estudios estadísticos antes mencionados, el ascenso a puestos intermedios no suele ser tan complejo desde la perspectiva de la discriminación de género, como el que se produce a puestos directivos. En puestos intermedios, en general, ni en sectores masculinizados ni en los feminizados es infrecuente la presencia de la mujer. Desde luego será algo a seguir abordando en el Plan de Igualdad en los términos que se dirá, pero la discriminación aquí no es tan evidente como la que se produce en los puestos más elevados del escalafón empresarial. Aún así, de existir se abordará tal y como sigue, que vincula a la promoción y ascenso cualquiera que sea el nivel al que se refiera.

Vaya por delante que la de la promoción en igualdad es una problemática que no se solventará solamente con el devenir de las cosas. La CE tiene también más de 40 años, el ET, en su redacción primigenia es de 1980, por lo tanto, tiene más de 40 años. La LOI, cumple estos días 14 años. Y aun así, y pese a no ser normas recientes, los obstáculos con los que se encuentran las mujeres para ascender son, según los resultados estadísticos, no difieren tanto como debiera a los que se producían en el momento de su adopción. Hace ya años que las mujeres ocupan/ocupamos el espacio público en igual medida que los

hombres, se han/nos hemos formado, hemos ido a la universidad igual que los hombres y sin embargo, en el caso de las mujeres, no existe correlación entre resultados académicos y promoción profesional¹⁴.

Y eso no responde a un motivo meramente temporal, no es algo que vaya a solventarse de manera natural con el mero transcurso del tiempo. Sí que puede solucionarse, por el contrario, si se actúa social y jurídicamente adoptando cuantas medidas sean necesarias donde proceda. Pero para eso, habrá que detenerse siquiera brevemente a referenciar los motivos de parecen persistir y que explican –que no justifican– la pervivencia de esta situación.

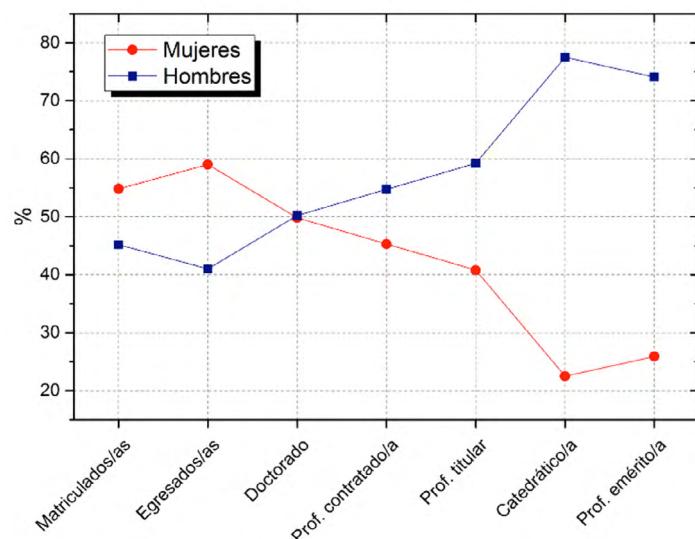
El poder de dirección de la empresa suele ser, en ese sentido, una de las cuestiones a las que suele hacerse referencia para explicar la realidad que ahora nos ocupa. Ciertamente, por regla general, cuando convencionalmente se regulan los ascensos suele fijarse el sistema de “los tres turnos” en base al cual en los puestos más bajos del escalafón empresarial se asciende por antigüedad, en los intermedios por concurso de méritos y en los superiores, por ser de confianza, por mera decisión unilateral de la dirección de la empresa.

No parece un mal sistema. Siempre que no se discrimine es lógico que un puesto de confianza se ocupe por una persona que, a juicio de la dirección de la empresa, no solo demuestre aptitud sino también actitud. De hecho, es lo que además permite el art. 24 ET cuando se refiere a “las facultades organizativas del empresario” como elemento determinante de los ascensos. Lo peligroso, con todo, es que esa decisión unilateral, razonable de pura lógica, se utilice de forma torticera para discriminar. Porque entonces la promoción, el ascenso que así se produzca, no responderá a una decisión licita y ajustada al art. 38 CE, sino contraria al art. 14 CE y 17 ET.

Lamentablemente ello ocurre más veces de las que nos gustaría admitir.

Pero aunque no fuera así, incluso aceptando que la no promoción de la mujer no se realiza con la intención o voluntad de discriminar, la *infraconsideración* de la mujer en la promoción y ascensos podría igualmente resultar constitutiva de discriminación. La discriminación directa exige intencionalidad. No así la discriminación indirecta. Concurre discriminación indirecta siempre que una medida neutra genere un

¹⁴ Esa distinta correlación entre mujeres y hombres en lo que se refiere a nivel de estudios y ocupabilidad da lugar a lo que se conoce como “gráfica tijera”. Véase un ejemplo de esa gráfica tijera, en este caso referido a lo que ocurre en la universidad. La gráfica está realizada según los datos proporcionados por el Ministerio de Universidades en su informe anual “Datos y cifras del sistema universitario español”, edición 2019-2020”, revelan que en nuestro país el efecto tijera sigue atenazando fuertemente nuestro sentido de la igualdad. Cfr. <https://www.universidadi.es/efecto-tijera-universidades>. Visitado el 14 de febrero de 2021



efecto adverso en un colectivo respecto otro sin justificación objetiva¹⁵. Aunque no exista voluntad de discriminar. Lo importante para que concurra la discriminación indirecta no es la intención, no es la voluntad de discriminar o no con la que se adopte la medida que se trate. Lo importante es el resultado discriminatorio que la medida en cuestión genere en un colectivo respecto otro sin un motivo o porque objetivo que lo justifique¹⁶. Y eso es especialmente importante en materia de ascensos y promoción profesional, en las que en ocasiones y como se verá, los méritos no son tan objetivos como parece¹⁷.

Sea como fuere, y aunque no puede desmerecerse ni menospreciarse en el sentido expuesto la importancia del poder de dirección a este respecto, lo cierto es que no es el único de los motivos o causas que explica la dificultad de erradicar la discriminación que sufren las mujeres en la promoción profesional. Es más, en el ámbito de la Administración Pública en la que constitucionalmente y por aplicación del art. 103.3 C.E. rigen los principios de igualdad, mérito y capacidad tanto para acceder como para ascender, se aprecia también la concurrencia de discriminación en la promoción profesional y/o ascensos de las mujeres. Tanto entre las funcionarias como, en lo que aquí interesa, entre las laborales.

Debe pues para abordar esta cuestión, adoptarse una perspectiva de análisis que trascienda los motivos hasta ahora apuntados como causas principales de la discriminación en las condiciones a la que se refiere este trabajo y que, sin menospreciarlos, los interrelacione con el que en mi opinión es seguramente la causa fundamental de la discriminación de la mujer en la promoción profesional y los ascensos: la conciliación.

Las mujeres han/hemos ocupado el espacio público sin que los hombres hayan hecho lo propio con el espacio privado¹⁸. Superado el momento histórico del reparto de tareas

¹⁵ A la discriminación indirecta hacen hoy referencia, además del art. 24 ET, en lo que expresamente se refiere a los ascensos, el art. 6.2 LOI, que la define en los términos expuestos, esto es, "2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.". Con todo, el de la discriminación indirecta es un concepto que ya existía con anterioridad en el derecho. En el ámbito europeo, el concepto de discriminación indirecta se encuentra expresamente definido en el art. 2.1. de la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 –Diario Oficial de las Comunidades Europeas de 5 de octubre del 2002– por el que se 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 profesionales, y a las condiciones de trabajo.

También los tribunales se han referido a este concepto en innumerables ocasiones. Así, de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea son representativas las SsTJUE Bilka y Dafnoss; y de la doctrina del T.C., es trascendente a este respecto, la STC 145/1991, de 1 de julio –B.O.E. de 22 de julio de 1991–.

Entre la doctrina, puede verse en este sentido, y entre otros, RODRIGUEZ-PIÑERO, M., "Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria". Relaciones Laborales 1/1992. Págs. 18 y ss; y "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", en CRUZ VILLALÓN, J. (coordinador), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*. Aranzadi. Pamplona, 1997. Págs. 97-114; SAEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. C.E.S. Madrid, 1994. Págs. 47 y ss.; SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo de la mujer*. CES. Madrid, 1999. Pág. 14.

¹⁶ Aunque sea de instancia es ciertamente relevante lo establecido en la Sentencia del Juzgado de lo Social de Gijón (Principado de Asturias) Sentencia núm. 103/2020 de 14 abril.

¹⁷ De hecho, el art. 24 ET al prohibir la discriminación entre mujeres y hombres en los ascensos se refiere igualmente a la discriminación indirecta.

¹⁸ En concreto, desde el advenimiento del Capitalismo y la Teoría de la Domesticidad que éste comporta, pues en base a la misma se produce una división por sexos o segregación sexual del trabajo –en el sentido de entender que al

productivas y reproductivas entre hombres y mujeres, respectivamente y de lo que constituyen buenos ejemplos tanto la dote por matrimonio¹⁹ como la consideración del salario del hombre como el salario familiar²⁰ y el tiempo parcial como una forma de prestación de servicios exclusivamente femenina²¹, seguimos regulando la conciliación sin garantizar la corresponsabilidad. Y mientras no exista corresponsabilidad pura en la conciliación, no existirá igualdad real. El problema no son solo los permisos de nacimiento, que también²²; el problema es la consideración social de la mujer como la que exclusiva o principalmente debe responsabilizarse de las tareas no remuneradas. Mientras los planes de igualdad no incidan con medidas de corresponsabilidad serias que supongan una implicación del varón en la coherencia de vida profesional y personal en igual medida que la mujer, toda acción protectora o facilitadora de la conciliación, solo o mayoritariamente utilizable por mujeres, las/nos vuelve a situar en el lugar del que tanto les/nos ha costado salir: las tareas reproductivas/domésticas/no remuneradas.

Solo un tratamiento de la promoción que contemple de forma pareja verdaderas medidas de corresponsabilidad que no solo de conciliación podrá ser efectivo. No se puede

hombre le corresponden las tareas productivas respecto a las reproductivas de la mujer- que tiene tal arraigo en la sociedad que incluso a día de hoy son apreciables sus efectos.

¹⁹ El artículo 4º de las “medidas mitigadoras” del decreto-ley de 31-12-1938 prohíbe el trabajo de la mujer casada a partir de determinado ingreso del marido. En el decreto-ley la mujer se considera desocupada sólo cuando es cabeza de familia con hijos. Bajo las prescripciones del entonces ministro de Trabajo, J.M. Girón, en los Reglamentos Nacionales de Trabajo del 27-12-1939 la mujer debe cesar en su trabajo al casarse. En las Regulaciones Laborales de 1942 –Ley de 16 de octubre de 1942 por la que se establecen normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo– la mujer al casarse deja su puesto y a cambio recibe una dote nupcial. Estas normas admiten que es preferible que sólo tenga el hombre el sostén económico de la familia y canalizan a la mujer al matrimonio.

²⁰ La diferencia de salarios, inaugurada para la fabricación del yute en marzo del 1938, establece en la Ley del Contrato de Trabajo de 1944 un 80% de los del hombre, responden a una infravaloración de base que queda más desnuda que toda la legitimación ideológica de otras leyes

²¹ Según el INE en el periodo 2014-2019, la participación de trabajadores hombres a tiempo parcial en el empleo total masculino ha disminuido pasando de un 7,8% en 2014 a un 7,0% en 2019, y la participación de mujeres con este tipo de jornada en el empleo total femenino también ha disminuido (de un 25,6% en 2014 a un 23,8% en 2019). Si se considera el empleo total de mujeres y hombres, el porcentaje de hombres a tiempo parcial sobre el empleo total (hombres y mujeres) ha pasado de un 4,2% en el año 2014 a un 3,8% en el año 2019. El porcentaje de mujeres con jornada a tiempo parcial representó en el empleo total un 11,7% en el año 2014 y un 10,9% en el año 2019.

Por grupos de edad, en hombres los porcentajes más altos de ocupados a tiempo parcial corresponden a los más jóvenes de 16 a 19 años. En mujeres, los porcentajes son significativamente más altos que en los hombres en todas las edades. En el año 2019, en las mujeres de 25 a 44 años el porcentaje se mantiene en torno al 25% y a partir de los 45 años y hasta los 64 este porcentaje se reduce ligeramente.

La participación de asalariados temporales, tanto mujeres como hombres, ha aumentado en el periodo 2014-2019. La representación de asalariadas temporales en el empleo total femenino ha aumentado 2,7 puntos porcentuales en este periodo y la participación masculina en el empleo total masculino ha aumentado 1,9 puntos.

En la UE-28, la representación del empleo a tiempo parcial de las mujeres es más alta que en España. En el año 2019, representaban el 32,0% del empleo femenino y en España el 23,8%. Si se considera el empleo total, en la UE-28 representaban el 14,8% en el año 2019 y en España el 10,9%.

La participación de las mujeres asalariadas con contrato temporal en la UE-28 es más baja que en España, en el año 2019 representaban el 14,1% del total asalariados (hombres y mujeres) y en España el 27,2%. https://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=1259925461713&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLLayout¶m1=PYSDetalle¶m3=125992482288E8

²² La equiparación de los permisos en aras a la conciliación desde la corresponsabilidad en beneficio de la igualdad real es la pretensión de las modificaciones a este respecto producidas por el RD-ley 6/2019, de 1 de marzo. De hecho, en su exposición de motivos expresamente se establece que “de esta forma se da un paso importante en la consecución de la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, en la promoción de la conciliación de la vida personal y familiar, y en el principio de corresponsabilidad entre ambos progenitores, elementos ambos esenciales para el cumplimiento del principio de igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”.

regular la promoción profesional ni los ascensos sin tener en cuenta la regulación de la corresponsabilidad²³. Deben ir parejas, unidas. Evidentemente a estas se les unirá el tratamiento de las otras cuestiones que conformaran el total del convenio colectivo, acuerdo de empresa o Plan de Igualdad, pero por lo que aquí interesa, esas otras posibles medidas a abordar en el Plan tienen menos incidencia en el ascenso de lo que sí tiene la corresponsabilidad, habida cuenta cómo afecta el reparto de tareas reproductivas/productivas a la consideración de unas y otros como personas trabajadoras.

Lo anterior no debe interpretarse en el sentido de menospreciar la relevancia de la regulación objetiva de los ascensos o promoción, a la que ahora me referiré. Pero si es una reivindicación a no abordar la cuestión de forma aislada como si de algo estanco y no permeable al resto de medidas laborales se tratase. Sin corresponsabilidad real difícilmente habrá promoción profesional sin discriminación de género. Por eso reivindico tener en consideración lo primero para negociar lo segundo. De no hacerse así, de no considerarse los distintos aspectos jurídico laborales de manera integral, es muy probable que el sistema de ascensos que se pacte pueda garantizar la no discriminación en casos puntuales, pero es difícil que consiga por sí mismo erradicar la tendencia, que todavía persiste en algunos casos, a no promocionar o ascender a mujeres por su consideración de trabajadoras que “deben conciliar”.

5. Criterios, medidas y sistemas a negociar en aras de lograr la igualdad real en la promoción profesional y los ascensos

Por lo que se refiere ya a posibles criterios a negociar en el convenio colectivo o en el Plan de Igualdad en aras de contribuir a alcanzar la igualdad de mujeres y hombres en el ascenso y la promoción profesional, y sin perjuicio de que, como digo, estas deban ir acompañadas de una seria política de corresponsabilidad desde el inicio, bien interpretada y con eficacia real, el tratamiento de las medidas que puedan negociarse a este respecto supone básicamente considerar las siguientes ideas básicas:

- a) En primer lugar, la necesidad o no de condicionar el ascenso o la promoción a la concreta y exclusiva concurrencia de ciertas aptitudes objetivas.
- b) En segundo lugar, habrá que ver dos cuestiones siempre polémicas: de un lado, la posibilidad de aplicar medidas de acción positiva en los ascensos; y de otro, si es posible el ascenso en base a currículums anónimos.
- c) Y en tercer y último lugar, ya sí, plantear posibles criterios y sistemas objetivos a pactar en el ascenso y/o promoción profesional desde la garantía de la igualdad de género y la prohibición de discriminación.

²³ No obstante, en tanto en cuanto consigamos esa corresponsabilidad deberán ser los tribunales los que deban ir subsanando discriminaciones que sufren las mujeres debido a esta consideración social de la mujer además de al embarazo y la maternidad. Cfr. STSJUE de 30 de septiembre de 2010 (caso Roca Álvarez) y STC 2/2017, de 16 de enero, Rec. 2723/2015. Para un mayor estudio véase, POLO SÁNCHEZ, M.C., “Promoción Profesional”. En SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres*. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 2018.

5.1. La necesidad o no de condicionar el ascenso o la promoción a la concreta y exclusiva concurrencia de ciertas aptitudes objetivas: una cuestión compleja

La necesidad de fijar siempre y en todo caso elementos objetivos que determinen la promoción y el ascenso de forma automática es *per se* una cuestión conflictiva ante las múltiples aristas que presenta.

A priori resulta evidente que la objetividad en los ascensos es importante. De hecho, limitar la subjetividad a este respecto reduce de manera muy considerable la autonomía de la voluntad de la empresa al tiempo que disminuye *a priori* la posibilidad de que se produzca una discriminación de género. Siempre, obviamente, presumiendo que son verdaderamente objetivos e igualitarios esos criterios que se negocian y acuerdan como limitantes del poder de dirección a este respecto y que resultarán determinantes del ascenso y/o la promoción.

Verdaderamente, condicionar el ascenso al exclusivo cumplimiento de elementos objetivos puede ser muy interesante en los puestos de trabajo más automatizados, mecanizados y en los que, existiendo y persistiendo la discriminación, tanto directa como indirecta, a efectos de la prestación laboral que se va a desempeñar con el ascenso y/o promoción pueda ser más relevante la aptitud que la actitud.

No obstante, aunque esta pueda ser la regla general deben admitirse excepciones. En los denominados puestos de confianza, incluso en la Administración Pública, la promoción o el ascenso de una persona puede depender más de cómo es que de aquellos posibles méritos objetivos que pueda tener. Ser además de tener. Partiendo obviamente de que se poseen los conocimientos mínimos y las aptitudes necesarias para desarrollar el trabajo en cuestión, en muchas ocasiones lo determinante en este caso pueden ser factores tales como la actitud, la personalidad o el carácter, difíciles de valorar objetivamente. Siempre que se esté en posesión de lo necesario para desarrollar los cometidos de manera adecuada, insisto en ello.

Con todo, lo anterior no puede resultar constitutivo de discriminación. Ni directa ni indirecta. Es decir, que se puede defender cierta subjetividad en la selección de la persona a ocupar ciertos puestos por ascenso o promoción profesional, pero sin que ello sea excusa o pretexto para discriminar directa o indirectamente a las mujeres.

Repárese que me he referido también a la discriminación indirecta como límite a medidas como las referenciadas. Es decir que, si esa subjetividad a la que me refiero, y que en ciertos supuestos parece lógica e incluso necesaria, generase un efecto adverso en un colectivo respecto a otro sin un motivo objetivo –repárese objetivo, no subjetivo– la medida en cuestión, con independencia de la intención con la que se haya adoptado, se consideraría constitutiva de discriminación indirecta y, por tanto, nula. De donde sigue que, la subjetividad en algunas promociones y ascensos puede ser necesaria. Pero nunca ser el pretexto para imponer una discriminación directa o indirecta en el ascenso o/y promoción que se trate.

En caso de no discriminar ni intencionadamente ni por efecto adverso, cierta subjetividad en el ascenso y promoción profesional en puestos de confianza no necesariamente debe ser reprochable. La objetividad bien entendida puede ser positiva para la igualdad

de género, pero ello no necesariamente significa que la subjetividad comporte siempre y en todo caso discriminación. El riesgo será mayor, obviamente, y por eso se ha de ser más cuidadoso al analizar sus efectos desde el impacto de género, la prueba estadística y la perspectiva indirecta de la discriminación. Pero sin que ello *per se* implique la necesidad de eliminarla de todo sistema de ascensos y promociones.

5.2. Las medidas de acción positiva y los curriculums anónimos en los ascensos y promociones profesionales

Lo mencionado hasta el momento impacta y condiciona en la que creo debe ser la posición a mantener al respecto de dos cuestiones que se plantean en relación con el ascenso y la promoción profesional y que resultan siempre polémicas, cuales son: la posibilidad de ascender en base a curriculums anónimos; y la oportunidad o no de adoptar al respecto medidas de acción positiva.

Por lo que respecta a estas últimas, creo que unas breves líneas bastan para referenciar la importancia que pueden tener en aras de garantizar la igualdad material de mujeres y hombres en el ascenso y/o en la promoción profesional. Con todo, repárese que para ajustarse a la legalidad vigente, las medidas de acción positiva, ya lo dijo el TC, en la STC 128/1987, de 16 de julio²⁴ deben cumplir con una serie de requisitos²⁵:

- a) El primero de ellos, que en la realidad en la que se vayan a aplicar sea apreciable la concurrencia de discriminación. Directa o indirecta. Pero debe ser apreciable una situación discriminatoria²⁶.
- b) En segundo lugar, la medida de acción positiva necesariamente debe ser de carácter temporal. Su implantación solo puede mantenerse durante el periodo de tiempo imprescindible para erradicar la discriminación en la realidad a la que se va a aplicar.

²⁴ Parte de la doctrina entiende que un antecedente importante de esta sentencia se encontraba en el voto particular de Rubio Llorente a la sentencia 103/1983 donde el juicio sobre la no discriminación sexual se enlaza con la situación de desigualdad de las mujeres. Ver, para un amplio estudio en ese sentido, RODRIGUEZ-PIÑERO, M., "Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer". R.L. nº1/1992. Pág. 10 y ss.; SAEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas*. C.E.S. Madrid, 1994. Pág. 42. No obstante, para GIMÉNEZ GLUCK, esta afirmación no resulta del todo exacta pues, según este autor, RUBIO LLORENTE se refiere a medidas compensatorias y no a medidas de acción positiva. El objetivo de las primeras es *compensar*, no superar, dicha discriminación. (GIMÉNEZ GLUCK, D., *Una manifestación polémica del principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999. Pág. 156)

²⁵ El art. 11 LOI hace referencia expresa a la razonabilidad y proporcionalidad de estas medidas y a su carácter temporal. Indirectamente se deduce además, tanto de este art. 11 LOI, como del art. 43 LOI, la voluntariedad que debe presumir su adopción. En cualquier caso, estos requisitos –voluntariedad, proporcionalidad y razonabilidad– deben concurrir de forma conjunta con los otros a los que jurisprudencialmente se ha condicionado la legalidad de la adopción de estas medidas.

²⁶ Se insiste: el Derecho antidiscriminatorio presupone un concepto de discriminación grupal, y ésta no se refiere a la violación de toda la igualdad sino a la violación de la igualdad grupal. En este contexto, intentar contraponer la discriminación grupal a la discriminación individual supone vaciar de contenido el discurso sobre el Derecho antidiscriminatorio o, lo que es lo mismo, eliminar la hipotética virtualidad de la acción positiva. (BARRÈRE UNZUETA, Mª. A., *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 94)

- c) Deben ser medidas dirigidas a erradicar conductas y actos discriminatorios sistemáticos y colectivos, y no un mero acto discriminatorio de tipo individual. Es decir que, para serlo, las medidas de acción positiva se deben adoptar de forma genérica con la pretensión de erradicar la discriminación desde esa generalidad.
- d) Deben cumplir imperativamente el requisito de la "adecuabilidad", es decir, ser adecuadas y eficaces para la realización de la igualdad de oportunidades real de la mujer trabajadora y no perseguir con su adopción unos fines distintos a los que se le presumen.
- e) La aplicación de la medida de acción positiva no ayuda a las mujeres, ni las protege, ni las promueve, lo que sí hace es situarlas en el puesto en el que estarían si no hubiesen sido discriminadas²⁷. De hecho, exigen que la persona a la que se le va a aplicar posea los mismos méritos o más que el hombre que se va a ver perjudicado por su aplicación. No se le asciende porque es mujer. Se le asciende porque tiene los méritos. Y si no hubiese sido discriminada, ocuparía el puesto en cuestión sin necesidad de tener que recurrir a una cuota o a una meta.
- f) Pero, además, la medida de acción positiva no es contraria a la libertad de selección empresarial, porque de aplicarse para un puesto en común, la empresa continúa pudiendo ejercer su libertad de decidir a quién asciende. Solo que esa libertad se ejercerá por y de entre las mujeres que cumplan con los requisitos para ocupar el puesto en cuestión. De entre todas las mujeres con aptitudes se podrá seleccionar la que mejor encaje desde la actitud, carácter o personalidad.

Insisto en que ello solo podrá ser así si resulta apreciable una discriminación de base. De no existir una discriminación directa o indirecta en la realidad en la que se aplica la medida de acción positiva, implantar una cuota o una meta podría generar una vulneración en el derecho a la igualdad de los arts. 9.2 y 14 CE, pero esta vez en perjuicio del varón que se vería no individualmente perjudicado en su promoción, sino verdaderamente discriminado²⁸.

²⁷ Su adopción debe superar el juicio de proporcionalidad y razonabilidad a la que el T.C. condiciona la legalidad de las medidas que pueden ser contrarias a los derechos fundamentales ver, entre otras, SsTC 207/2001, de 22 de diciembre; 151/2004, de 20 de septiembre del 2004; 188/2000, de 10 de julio; 98/2000, 10 de abril; STS de 16 de diciembre de 2003, Rec. 944/2003. Y estas medidas lo podrían ser, por contradecir el principio de igualdad del art. 14 C.E., en relación a aquel que se ve perjudicado por la adopción de una medida de estas características. Desde esta perspectiva, cuando se vaya a adoptar una medida de estas características se analizarán las circunstancias concurrentes y se determinará si en ese concreto contexto la medida de acción positiva cumple o no con ese objetivo de razonabilidad y proporcionalidad. Y lo cumplirá cuando resulte coherente con la finalidad de acabar con las condiciones de histórica desigualdad a las que tiene que enfrentarse el colectivo femenino; haciéndolo además de forma tal que el beneficio a alcanzar para el colectivo sea cualitativa y cuantitativamente superior que el perjuicio que sufrirá el concreto trabajador cuyo interés se ve perjudicialmente afectado en un momento puntual. Para ello habrá que tener en cuenta si la acción positiva otorga un medio a las mujeres que les permita obtener el resultado que se merecen, eliminando el riesgo de que la discriminación se manifieste no ya en el inicio o durante el desarrollo del procedimiento o competición, sino en su fin. Cuando así sea, su constitucionalidad estará fuera de toda duda, siempre y cuando se adopten con vocación de temporalidad y la mujer que en concreto resulte afectada en positivo tenga los méritos necesarios para cumplir con solvencia aquello que se le presume en función de la prestación asignada.

²⁸ Véase, al respecto, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a. F., *Igualdad y no discriminación*. Tecnos. Madrid, 1986. Pág. 38; SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo...*, cit., pág. 11; Cfr. asimismo, FABREGAT MONFORT, G., *Los planes de igualdad como obligación empresarial*. Bomarzo. Albacete, 2007. Pág. 5 y la doctrina que allí se cita.

De apreciarse la concurrencia de discriminación en la realidad a la que aplicar la medida de acción positiva, por el contrario, la aplicación de la medida de acción positiva está más que justificada. Aunque su legalidad seguirá exigiendo que sea temporal y que la persona que ascienda o promocione mediando su aplicación posea cuantos méritos objetivos sean necesarios para ocupar el puesto en cuestión. No se le asciende o promociona porque es mujer. Se le asciende o promociona porque tiene los méritos y, además, es mujer²⁹.

En otro orden de cosas, y en lo que tiene que ver con la otra cuestión antes apuntada, la de la promoción o el ascenso en base a currículums anónimos, aplicando analógicamente a este tema la polémica que existe en ese sentido respecto a la contratación, en mi opinión esta solo es una opción óptima cuando el puesto al que se produce la promoción o el ascenso de forma similar a lo expuesto más arriba requiere más aptitud que actitud. Sería como si, siguiendo ese sistema del triple turno, sirviese y pudiese ser efectivo para los puestos inferiores, a los que se suele ascender por antigüedad; y también podría serlo para los puestos intermedios, incluso para los superiores, que se condicionen a poseer determinados méritos profesionales o académicos; pero no creo que sea una opción a implantar siempre y en todo caso. Especialmente será complejo para los puestos de confianza. La confianza no siempre la inspira quien tiene más méritos objetivos u aptitudes académicas o profesionales, por lo que para ciertos casos el currículum anónimo no será eficaz ni eficiente.

Desde luego, entre unas y otras, mejor opción que el ascenso por currículum anónimo me parece la imposición de una medida de acción positiva. La acción positiva contribuye eficazmente a erradicar la discriminación existente al tiempo que garantiza la posibilidad de elegir quien va a ocupar el puesto en cuestión entre los miembros del colectivo femenino que posean los méritos objetivos necesarios para ocupar el puesto en cuestión³⁰.

5.3. Posibles criterios y sistemas objetivos a pactar en el ascenso desde la garantía de la igualdad de género y la prohibición de discriminación

Por lo que tiene que ver ya con posibles medidas a pactar desde la objetividad en aras de garantizar que efectivamente cuando el ascenso o la promoción deban serlo, los

²⁹ Aunque durante mucho tiempo se creyó que para no violar los principios de mérito y capacidad era necesario que la mujer a la que se contrataba o ascendía debía tener iguales méritos o más que el varón al que no se contrataba o ascendía, tras la STJCE 2000/166, de 6 de julio, lo relevante en ese sentido no es que cuente con más méritos o no, lo importante es que cumpla con los méritos necesarios para poder desarrollar con solvencia la prestación en cuestión. Es muy importante además el caso que enjuicia la STSJ Canarias de 25 de julio de 2017, Rec. 520/2017, en la que la empresa elude cumplir con una cláusula convencional referida a la contratación de las mujeres en sectores en los que se encuentren infrarrepresentadas exigiendo preferentemente poseer un título para cubrir un puesto de trabajo para el que este no resultaba imprescindible. La sentencia entiende que la sentencia ha incumplido sus obligaciones y le impone contratar a la trabajadora que se veía discriminada por solicitar una titulación que no resultaba imprescindible para las funciones a que se refería la plaza que debía cubrirse.

³⁰ Para un estudio más detallado de las medidas de acción positiva me remito a mi obra *Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009 y toda la bibliografía que allí se cita. Véase, igualmente, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., *Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE*. Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, Vol. 4, N°. 2, 2019 (Ejemplar dedicado a: La igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, editado en colaboración con la Asociación Española de Derecho y Seguridad Social), págs. 50-69.

méritos que se consideran en ese sentido realmente lo sean, vaya por delante una regla general: todos los méritos que se pacten deben someterse en el caso concreto y de forma previa a su aplicación a un “test de igualdad” o, mejor, a un “test de no discriminación” y analizarse desde una perspectiva de la discriminación directa, la discriminación indirecta y la discriminación social.

Esto es determinante. Y debe figurar como regla general. Solo así se entenderá que en determinados casos condicionar el ascenso a la posesión de un determinado mérito no sea discriminatorio y en otras ocasiones, y en atención a la prestación a desarrollar, ese mismo mérito sí resulte discriminatorio³¹.

Por tanto, por muy objetivos que en base a su naturaleza a priori puedan parecer los méritos que se consideren, su carácter no discriminatorio no debería presumirse sino más bien verificarse en el caso concreto y en atención al específico cometido de las tareas a desempeñar.

Esto, que parece una obviedad, no lo es tanto. Requisitos o méritos –por utilizar el concepto legal– como una determinada altura y complejión física, fuerza, resistencia física, además de la antigüedad o poseer determinada formación y/o titulación académica³², de generar un efecto adverso en un colectivo respecto a otro resultará discriminatorio o no en función de lo imprescindible y determinante que sea en aras a desempeñar con eficacia el puesto a cubrir por la promoción o el ascenso³³. Y lo mismo cabrá afirmar desde la discriminación social cuando el mérito en cuestión reproduzca roles de género.

Vayamos por partes.

Desde la discriminación directa resultará nulo todo criterio que se pacte como determinante para la promoción profesional y/o el ascenso que discrimine, perjudique a una mujer por serlo o por lo que socialmente se le presume como trabajadora. Es una discriminación intencional, clara, directa y de efectos individuales. Afecta a una mujer por serlo. O por el rol social que se le ha asignado en el reparto de tareas productivas y reproductivas.

Desde la perspectiva de la discriminación indirecta, por su parte, –y como se ha mencionado en otra parte del estudio–, no debe ignorarse que una medida que genere un efecto adverso en un colectivo respecto a otro puede ser causante de discriminación aunque no se adopte con la intención de discriminar a salvo, claro está, que el requisito que genere ese efecto adverso responda a una causa justificada. Lo cual, evidentemente y de forma necesaria, supone considerar las tareas a desempeñar³⁴.

³¹ Sin valorar el contenido de las sentencias a que se refiere el auto, sí me interesa resaltar el Auto del TS de 18 de febrero de 2020, Rec. 2281/2009 en lo que afecta a la importancia del análisis de los hechos concretos y las circunstancias concurrentes en la determinación de la existencia o no de discriminación en cada caso en concreto.

³² En concreción a lo previsto en el art. 24.1. ET cuando se refiere en este sentido a la formación, méritos, antigüedad del trabajador (...).

³³ Al respecto de la importancia del grupo profesional como sistema de clasificación profesional y, por extensión, como elemento que permite delimitar los requisitos determinantes en la prestación laboral véase, entre otras, la STSJ de las Islas Canarias de 11 de agosto de 2020, Rec. 351/2020.

³⁴ Al respecto, véase, entre otros, LOUSADA AROCHENA, F., “Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional”, Aranzadi Social, ISSN 1131-3569, número 21, 2007, páginas 35-42; NIETO ROJAS, P. “La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical”. Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, volumen 4, número 2, págs.18-33.

Desde la exclusiva óptica de lo indispensable para la prestación laboral a desarrollar, las medidas que generan un efecto adverso, por justificadas, no resultan constitutivas de una discriminación indirecta. Pero ello, obviamente, exige no caer en generalizaciones interesadas y realizar una labor minuciosa y exhaustiva caso por caso. De forma tal, que lo exigible sea imprescindible en atención a aquellas tareas a realizar.

Los concretos méritos formativos y/o académicos, los tests psicotécnicos, habilidades como la memoria de trabajo, la velocidad de escritura, la comprensión verbal, el léxico, la habilidad numérica, la capacidad de solucionar problemas o las capacidades visuoespaciales, la complejidad física, la fuerza, la resistencia y cualquier otro criterio como también pudiese ser la antigüedad en la empresa deberán ser delimitados exhaustivamente en el ámbito de la empresa y adecuarse a los específicos cometidos, a fin de que su exigencia no genere discriminación en la empresa en los términos mencionados.

Con todo, el juicio de no discriminación al que me refería con anterioridad entiendo que debe considerar –además de a la discriminación directa e indirecta en los términos expuestos– una perspectiva de la discriminación menos conocida, cual es, la discriminación social³⁵.

Desde esa óptica, en la regulación de la promoción profesional y de los ascensos, hay que poner especial atención en no incluir, aunque sea con la mejor intención, medidas para “ayudar a la mujer” a conciliar trabajo productivo con tareas de cuidado. En efecto, hay que ser muy cuidadoso con no ser condescendiente y pactar –desde un buenismo que debería ser reconsiderado– medidas para ascender y/o promocionar que permitan la conciliación sin garantizar la corresponsabilidad, pues existe el riesgo, ciertamente elevado, que a medio y largo plazo lo anterior perpetúe –cuando no intensifique– la situación de la mujer como la máxima, cuando no única, responsable de las en las tareas reproductivas, reforzando, en consecuencia, el rol de cuidadoras.

Pactar medidas de ascenso que puedan favorecer de alguna forma la conciliación exige desde la igualdad garantizar la estricta corresponsabilidad en su uso y disfrute. De otra forma entiendo que, aunque sean medidas beneficiosas para unas cuantas mujeres en particular comportan un importante daño al colectivo femenino en cuanto tal.

Por tanto, y en definitiva, todo cuanto se adopte, cuanto se negocie, para fijar los ascensos desde una perspectiva objetiva entiendo que deberá superar la triple perspectiva de la discriminación referenciada. Y solo de no resultar discriminatorio desde una perspectiva directa, indirecta y social, será consecuente con la igualdad de género que debe respetarse y garantizarse en las relaciones laborales.

Desde luego en los casos en los que exista Plan de Igualdad este será el instrumento idóneo para realizar un test de discriminación en los términos expuestos. Primero, porque todo ello se podrá abordar en el diagnóstico, que es el instrumento ideal para detectar los efectos de la política adoptada hasta la fecha en promoción profesional e infrarrepresentación.

³⁵ Por discriminación social cabe entender la situación generalizada de discriminación existente en una sociedad, producto de prácticas, perjuicios y usos sociales, no supone concretos actos discriminatorios, sino la presencia de los obstáculos existentes para la consecución de la igualdad sustancial. Véase, en el mismo sentido, y por todos, SIERRA HERNAIZ, E., *Acción positiva y empleo...*, cit., pág. 17

tación de la mujer en la empresa que se trate; y, después porque, en función de los resultados del diagnóstico, el plan, en cuanto a medidas, insistirá en unos aspectos en detrimento de los otros en aras de obtener la igualdad real de mujeres y hombres en el ascenso y promoción profesional en la empresa en que se trate.

Pero el hecho de que no exista Plan de Igualdad no es óbice para que en el resto de supuestos ello no deba igualmente regularse. Suele olvidarse la necesidad de que ex art. 45.1 LOI toda empresa adopte cuanto se estime pertinente en aras de garantizar la igualdad de mujeres y hombres en el empleo mediante la negociación y, en su caso acuerdo, con la representación de las personas trabajadoras. Si lo hace el convenio supraempresarial, la mera aplicación correcta y desde la perspectiva apuntada será suficiente. De no ser así, la obligación legal ex. art. 45.1.a. LOI igualmente habrá de cumplirse en el ámbito de la empresa negociando cuanto resulte a esos efectos pertinente.

De acuerdo con ello es importante, en consecuencia, reivindicar el papel que la negociación colectiva –convenio y acuerdo de empresa– tiene reconocido además en el art. 24 ET. De hecho, de negociar los ascensos de manera adecuada en los términos expuestos, la regulación convencional que así lo hiciera podría dar cobertura jurídica desde la perspectiva de la igualdad de género a pequeñas y medianas empresas en lo que a promoción profesional se refiere al tiempo que le garantizaría a la empresa cumplir, al menos en esta materia, con cuanto le requiere el siempre olvidado art. 45.1.a LOI a la empresa y el igualmente poco considerado art. 85.1. *in fine* ET³⁶.

En cualquier caso, y con independencia de al final esto sí se resuelva convencionalmente o deba ser el Plan de Igualdad el que lo haga, lo que sí hay que lograr es que, cuanto se regulen los criterios para promocional y ascender, lo pactado no resulte discriminatorio en los términos expuestos esto es, desde la perspectiva de la discriminación directa, indirecta o social.

De conseguirse lo anterior, no solo habremos dado cumplimiento con cuanto nos exige la norma, garantizando que las mujeres puedan ascender y promocionar sin ser discriminadas sino que habremos conseguido abrir una *grieta* importante en el techo de cristal en favor de la erradicación de la infrarrepresentación femenina en los puestos de responsabilidad.

Bibliografía

ALFONSO MELLADO, C.L. "Algunas claves para entender la actual configuración jurídica de los planes de igualdad: alcance y contenido". Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, volumen 5, número 3, Número monográfico editado en colaboración con Asociación Española de Derecho y Seguridad Social de-

³⁶ Sin perjuicio de la libertad de las partes para determinar el contenido de los convenios colectivos, en la negociación de los mismos existirá, en todo caso, el deber de negociar 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

- dicado a la igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pág. 33-55.
- BARRÈRE UNZUETA, M.^a A. Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres. Civitas. Madrid, 1997.
- FABREGAT MONFORT, G. La obligatoriedad del Plan de Igualdad tras el RD-Ley 6/2019 de 1 de marzo. Bomarzo, 2019.
- FABREGAT MONFORT, G. Las medidas de acción positiva. La posibilidad de una nueva tutela antidiscriminatoria. Tirant lo Blanch. Valencia, 2009.
- FABREGAT MONFORT, G. Los planes de igualdad como obligación empresarial. Bomarzo. Albacete, 2007.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. Una manifestación polémica del principio de Igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa. Tirant lo Blanch. Valencia, 1999.
- GRAU PINEDA, C. "Los enemigos que amenazan la efectividad real de los planes de igualdad", Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, volumen 5, número 3, Número monográfico editado en colaboración con Asociación Española de Derecho y Seguridad Social dedicado a la igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, págs. 8-32.
- LOUSADA AROCHENA, F. "Discriminación indirecta por razón de género en la promoción profesional", Aranzadi Social, ISSN 1131-3569, número 21, 2007, págs.35-42
- NIETO ROJAS, P. "La promoción profesional de las mujeres en el mercado de trabajo español. Propuestas para reducir la segregación horizontal y vertical". Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, volumen 4, número 2, págs.18-33.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., Igualdad y no discriminación. Tecnos. Madrid. 1986.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. "Discriminación de la mujer y tutela antidiscriminatoria". Relaciones Laborales 1/1992. Págs. 18 y ss.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva", en CRUZ VILLALÓN, J. (coordinador), La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral. Aranzadi. Pamplona, 1997. Págs. 97-114.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. "Igualdad entre los sexos y discriminación de la mujer". R.L. nº1/1992. Pág. 10 y ss.
- ROMERO RODENAS, M.J. Planes de igualdad, Bomarzo. Albacete, 2017.
- SAEZ LARA, C. Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas. C.E.S. Madrid, 1994. Págs. 47 y ss.
- SAEZ LARA, C. Mujeres y mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas. C.E.S. Madrid, 1994. Pág. 42.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. Concepto y fundamentación jurídica de las acciones positivas y la promoción profesional de las mujeres en la jurisprudencia del TJUE. Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género, ISSN-e 2530-2442, Vol. 4, Nº. 2, 2019 (Ejemplar dedicado a: La igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguri-

- dad Social, editado en colaboración con la Asociación Española de Derecho y Seguridad Social), págs. 50-69.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. Un decenio de jurisprudencia laboral sobre la ley de igualdad entre mujeres y hombres. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid, 2018.
- SELMA PENALVA, A. "Aplicación y gestión de los planes de igualdad. La asignatura pendiente". *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, ISSN-e 2530-2442, volumen 5, número 3, Número monográfico editado en colaboración con Asociación Española de Derecho y Seguridad Social dedicado a la igualdad en el ámbito Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, págs. 81-99.
- SIERRA HERNAIZ, E. Acción positiva y empleo de la mujer. CES. Madrid, 1999.

Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de puestos de trabajo*

Indirect wage discrimination and job valuation systems

MIRENTXU MARÍN MALO **

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo

y de la Seguridad Social

Universidad Pública de Navarra

ORCID ID: 0000-0002-9081-6155

Recibido: 15/2/2021

Aceptado: 26/3/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6135>

Resumen. La realidad demuestra que la desigual valoración de puestos de trabajo es una de las causas que explican la brecha salarial de género. Hasta ahora se ha realizado un considerable esfuerzo por la normativa y jurisprudencia con el fin de identificar las situaciones de discriminación salarial, sin embargo, resulta necesario dar un paso más y apostar por la incorporación de sistemas de valoración de puestos de trabajo neutros. En el presente artículo se analizan los diversos sistemas de valoración de puestos existentes y su virtualidad para garantizar una valoración neutra en cuanto al género. En su análisis se tiene en cuenta las aportaciones que la jurisprudencia ha realizado para identificar los factores que pueden estar en el origen de una valoración discriminatoria cuanto al género.

Palabras clave: sistema de valoración de puesto de trabajo; discriminación indirecta; desigualdad salarial; brecha salarial, mujer.

Abstract. Reality shows that the unequal valuation of jobs is one of the causes that explain the gender pay gap. Until now, a considerable effort has been made by regulations and jurisprudence, to identify situations of wage discrimination, however, it is necessary to go one step further and bet on the incorporation of neutral job evaluation systems. This article analyzes the different job evaluation systems and their potential to guarantee a gender-neutral evaluation. Its analysis considers the contributions that jurisprudence has made to identify the factors that are at the origin of an assessment can discriminate in terms of gender.

Keywords: job evaluation systems; indirect discrimination; gender pay; wage gap; woman.

I. Introducción

En las últimas décadas, los gobiernos y organismos internacionales han buscado promover la igualdad entre hombres y mujeres en diferentes ámbitos, especialmente, en el ámbito laboral. Con este objetivo se ha promulgado numerosa normativa dirigida a ase-

* Este artículo fue merecedor, a juicio de la Comisión de Igualdad de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, del Premio 8M convocado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social.

** mirentxu.marin@unavarra.es

gurar la no diferenciación en derechos y deberes laborales basada en el género. Desde un punto de vista teórico, la normativa ha ido incorporando medidas dirigidas al respeto de este derecho. Así, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres es un principio del ordenamiento jurídico de la Unión Europea desde su propia fundación. Asimismo, es uno de los valores fundamentales de nuestra Constitución, recogido en su art. 14 como la prohibición de discriminación por razón de sexo, que impregna el resto de normativa nacional.

Sin embargo, y pese a ser un derecho asumido y reconocido por la gran mayoría de la población, la realidad es que se está lejos de conseguir una igualdad efectiva entre hombres y mujeres. La desigualdad entre hombres y mujeres es una realidad desde el momento mismo del acceso al empleo que continúa a lo largo de la carrera profesional y afecta, por ejemplo, a la promoción de la mujer en la empresa, a sus prestaciones en materia de seguridad social y, de manera especialmente significativa, al salario percibido por el trabajo realizado.

Los últimos datos publicados señalan que, en la Unión Europea, las mujeres ganan de media casi un 15% menos que los hombres¹. En España, esta diferencia salarial se sitúa en un 13,9%². Además, un informe realizado por la Comisión Europea indica que esta brecha salarial no ha cambiado durante la última década³. Es posible afirmar, por lo tanto, que la brecha salarial es una realidad. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la llamada brecha salarial puede llevar aparejada una desigualdad salarial –es decir, un pago diferente por el mismo trabajo o trabajo de igual valor– o tener su origen en otros factores, como la feminización de los trabajos a tiempo parcial o el conocido como “techo de cristal” que impide a las mujeres, de manera indirecta, la promoción en la empresa. En cualquier caso, los datos señalan que parte de esa brecha salarial, aunque no toda, está causada por la desigualdad salarial entre hombres y mujeres⁴.

Dentro de las causas que dan lugar a la discriminación salarial está la incorrecta valoración del trabajo realizado por mujeres y hombres, sin utilizar una escala uniforme o dando más valor a aquellos aspectos del trabajo masculinos frente a otros que podrían considerarse femeninos.

El presente texto pretende analizar la utilidad de los sistemas de valoración de puestos de trabajo en la lucha contra la desigualdad salarial por razón de sexo. Así, se pretende determinar cómo las nuevas herramientas para la valoración de puestos de trabajo son un instrumento esencial en la lucha contra la desigualdad salarial entre hombres y mujeres reconocido por el art. 28 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRET) y, por tanto, un elemento imprescindible para las empresas que quieran respetar

¹ Datos publicados por el Parlamento Europeo en el año 2020. Disponibles en: <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200227STO73519/brecha-salarial-de-genero-en-europa-hechos-y-cifras-infografia>

² Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que los datos de la Unión Europea son cuatrieniales (encuestas realizadas durante un periodo de cuatro años).

³ BOLL, C. y LAGERMAN, A.: *Gender pay gap in EU countries based on SES*, Comisión Europea, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2018, pp. 4 y 17 entre otras.

⁴ En este sentido, véase BALLESTER PASTOR, M.A.: “La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea”, en *Documentación Laboral*, nº 115, 2018, Vol. III, Cinca, Madrid, 2018, p. 14.

el principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres, entendiendo este como el cobro de la misma retribución por la realización de un trabajo igual o de igual valor.

En la lucha para lograr la igualdad retributiva entre hombres y mujeres son numerosas las herramientas disponibles, tal como puede comprobarse de una rápida visita al sitio web del Instituto de la Mujer⁵. Sin embargo, las dos herramientas a las que este organismo otorga mayor valor son a la Herramienta de Autodiagnóstico de Brecha Salarial de Género⁶ y al Sistema de Valoración de Puestos de Trabajo con Enfoque de Género⁷.

Como ya se ha señalado, el presente texto se centrará en la segunda de ellas: los sistemas de valoración de puestos de trabajo como medio para luchar contra la discriminación salarial por razón de sexo. En este sentido, debe señalarse que, tal como se verá posteriormente, si bien la mayoría de estos sistemas son, en apariencia, objetivos, puede producirse discriminación indirecta en su aplicación práctica. Por ello, el objetivo del presente artículo es determinar en qué ocasiones y de qué manera estos sistemas pueden generar desigualdad retributiva, con el fin de establecer la forma de evitarla.

Para lograr el objetivo planteado se estudiarán, en primer lugar, los conceptos de desigualdad salarial, discriminación indirecta y valoración de puestos de trabajo, con el objetivo de delimitar el espacio de cada uno en la lucha contra la desigualdad salarial y de analizar la interrelación entre ellos. Al hilo de este análisis, se profundizará en la importancia de garantizar un sistema de valoración de puestos de trabajo neutro y en cómo el legislador español ha tratado de introducir tímidamente esta obligación. A continuación, se analizará la jurisprudencia existente en la materia con el fin de determinar en qué situaciones y respecto a qué criterios se ha considerado la existencia de discriminación salarial en las empresas. Para ello, se revisarán los factores que deben ser tenidos en cuenta en el uso de los diferentes sistemas de valoración de puestos de trabajo a la luz de la jurisprudencia existente, con el fin de determinar cuáles de ellos pueden incurrir en discriminación salarial indirecta por no resultar del todo neutros. Se analizarán, además, los principales tipos de sistemas de valoración de puestos de trabajo y las características que diferencian unos de otros. Además, se tratarán de ofrecer soluciones para evitar este problema a la hora de aplicar la herramienta en la empresa.

II. De la prohibición de discriminación salarial indirecta a la valoración neutra de puestos de trabajo

Como se ha señalado en la introducción, el derecho a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres es uno de los principios básicos tanto en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea como en el nacional. Sin embargo, no siempre ha sido así. La prohibición

⁵ <https://www.inmujer.gob.es/servRecursos/portada/home.htm>

⁶ Esta herramienta permite a las empresas realizar un análisis detallado sobre su sistema retributivo que determinará la existencia o no de diferencias salariales vinculadas al género.

⁷ Ambas herramientas son de acceso gratuito y están disponibles en: <https://www.inmujer.gob.es/areasTematicas/IgualdadEmpresas/IgualdadSalarial.htm>

de discriminación salarial indirecta se ha introducido paulatinamente en la normativa internacional e interna. Además, a la concreción de este concepto ha contribuido de forma decisiva la jurisprudencia europea y constitucional.

Resulta, por ello, necesario comenzar este estudio analizando la evolución normativa y jurisprudencial en el tratamiento a la discriminación salarial indirecta, con el objetivo de determinar el importante papel que, en la actualidad, pueden jugar los sistemas de valoración de puestos de trabajo a la hora de alcanzar la igualdad retributiva en las empresas, dando así cumplimiento al contenido del art. 28 TRET.

1. Evolución del concepto de discriminación salarial indirecta en la normativa y jurisprudencia

En las últimas décadas, se ha producido un esfuerzo legislativo y social dirigido a acabar con la discriminación por razón de sexo que en algunas ocasiones tenía su origen en la propia regulación normativa. Desde 1951 la promoción de la igualdad salarial ha sido un objetivo de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT), que ya en su Convenio 100 abordaba esta cuestión.

En el ámbito comunitario, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE) establece como objetivo de la Unión, en su art. 8, la eliminación de *"las desigualdades entre el hombre y la mujer"*. En el mismo sentido, la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo (en adelante, Directiva 76/207/CEE), señala, en su art. 2.1, que este principio de igualdad supone *"la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente"*. Esta prohibición general de no discriminación también se encuentra en el art. 14 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Con relación a la igualdad retributiva entre hombres y mujeres, la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸ establece, en su art. 23.2 que *"toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual"*. Este derecho también se reconoce en otros tratados internacionales, como el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966⁹ así como en diferentes documentos de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (en adelante, CEDAW)¹⁰. También la OIT lleva años impulsando la igualdad retributiva, tal como hemos señalado, a través de Convenios como el núm. 100 sobre igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor.

Por su parte, el TFUE establece la obligación de los Estados miembros de garantizar la igualdad salarial; en concreto, mediante *"la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual*

⁸ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

⁹ En su art. 7.i establece el principio de igualdad retributiva por trabajos de igual valor.

¹⁰ Entre ellos, la Recomendación General número 13 de la CEDAW sobre igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

valor"¹¹. Este principio también aparece recogido en nuestro ordenamiento jurídico interno. Así, el art. 28 TRET establece que "*el empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución ... sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella*". El Tribunal Constitucional ha señalado que, en todo caso, "*el principio de no discriminación en materia salarial entraña el mantenimiento de una concepción de estricta igualdad salarial, no solo cuando existe identidad de trabajo sino –en consonancia con las reglas interpretativas sobre esta materia emanadas de la jurisprudencia del TJCE y asumidas, vía art. 10.2 CE por este Tribunal– cuando se detecta la existencia de trabajos de igual valor*"¹².

Tal como ha señalado la Comisión Europea, "*la igualdad de género es uno de los valores fundamentales de la Unión Europea. Sin embargo, no es una realidad en el trabajo*"¹³. La existencia de la brecha salarial en el sistema laboral es innegable, pues año tras año los datos confirman esta realidad¹⁴. El Instituto Nacional de Estadística señala, en su informe sobre el salario anual y la brecha salarial de género, que la brecha salarial fue, en el año 2018, de 6,5 puntos en la jornada a tiempo completo y de 20,6 en la jornada a tiempo parcial¹⁵. Por su parte, un informe europeo mostró, en el año 2016, como la brecha salarial entre hombres y mujeres aumenta a medida que las mujeres entran en el mercado laboral, mostrando que estas últimas ganan, de media, un 16% menos que los hombres, manteniéndose esta diferencia salarial a lo largo de los últimos años¹⁶. Eurostat ha definido esta brecha como "*la diferencia entre el salario bruto por hora de los hombres y el de las mujeres expresado como porcentaje del salario bruto por hora de los hombres*".

Pese a los avances normativos, e incluso a la aceptación social del principio de "a igual trabajo, igual salario"¹⁷, la brecha salarial sigue siendo una realidad fruto, en parte, de la discriminación indirecta¹⁸. La discriminación indirecta no solo existe, sino que en el medio laboral se ha convertido en un problema que, si bien no surge de la redacción de los preceptos

¹¹ Art. 157.1 TFUE.

¹² STC (Sala Primera) núm. 286/1994, de 27 de octubre (rec. 175/1994), FJ Tercero.

¹³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo. Plan de Acción de la UE 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, 2017, p. 1. Documento disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52017DC0678>

¹⁴ En este sentido, véase GOÑI SEIN, J.L.: "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial", en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (Dir.); et al.: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, pp. 81 y ss.

¹⁵ Información disponible en: https://www.ine.es/ss/Satellite?c=INESeccion_C¶m3=1259924822888&p=1254+35110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout&cid=1259925408327&L=0

¹⁶ BOLL, C.; LEPPIN, J.; ROSSEN, A. y WOLF, A.: *Magnitude and impact factors of the gender pay gap in EU Countries*, Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 2016. Documento disponible en: https://www.hwwi.org/fileadmin/hwwi/Publikationen/Publikationen_PDFs_2016/Magnitude_And_Impact_Factors_All.pdf

¹⁷ Interpretando salario en el sentido más amplio de retribución, tal como ha señalado el TJCE en su sentencia de 17 de mayo de 1990 (C-262/88), apartado 12.

¹⁸ En este sentido, el *Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres para un trabajo de igual valor*, EMAKUNDE, Bilbao, 1997, señala en su p. 6 que "*a pesar de las disposiciones... las diferencias de retribución entre las mujeres y los hombres siguen siendo considerables*", y añade que los datos muestran "*una divergencia importante entre los salarios de las mujeres y los de los hombres en todos los Estados miembros*". En el mismo sentido, una investigación realizada en la Universidad Complutense de Madrid señala que "*ciertos indicadores siguen confirmando, hoy, la existencia en nuestro entorno europeo y en España de la brecha salarial*", en CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, R.; QUINTANILLA NAVARRO, B. y SERRANO GARCÍA, J.M.: *Herramientas para combatir la brecha salarial. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial*, Comisión Ejecutiva Confederal UGT, Madrid, 2015, p.13.

legales¹⁹, aparece en la aplicación práctica de la norma. De esta manera, la brecha salarial surge de la falta de neutralidad de los sistemas retributivos y en la toma en consideración de factores con un impacto desigual en mujeres y hombres²⁰, lo que genera diferencias salariales injustificadas y, por tanto, discriminatorias. Tal como señala BALLESTER PASTOR, “*la situación del trabajo de la mujer parte de la existencia de dos realidades separadas: la jurídica y la social, que transcurren en paralelo sin necesariamente coincidir*”²¹.

Al igual que el concepto de discriminación por razón de sexo o el de igualdad retributiva forman parte de nuestro ordenamiento jurídico desde hace décadas, ocurre lo mismo con el concepto de discriminación indirecta. Como ya se ha señalado, la prohibición de discriminación de cualquier tipo viene recogida en el art. 2 de la Directiva 76/207/CEE. Más adelante, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, sobre inversión en la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo (en adelante, Directiva 97/80/CE) señaló que existirá discriminación indirecta “*cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutra afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo salvo que dicha disposición, criterio o práctica, no resulte adecuada y necesaria o pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo*”²². Se trata, pues, de una discriminación que tiene como origen a la propia sociedad y su funcionamiento, sin estar vinculada, al menos de manera directa, al sexo²³. Tal como señala BALLESTER PASTOR, “*la ausencia de un motivo malévolos no convierte una medida aparentemente discriminatoria en neutra o viceversa*”²⁴, por lo que todo aquello que genera una diferencia de trato entre hombres y mujeres, aunque la causa no esté relacionada directamente con el sexo, debe ser analizado para eliminar los factores que promueven dicha diferenciación.

Las diferencias salariales entre hombres y mujeres son causa, en numerosas ocasiones, de una mala categorización profesional en la empresa. Esto genera que existan “*puestos con diferentes funciones que tienen asignada la misma categoría (por ejemplo, los celadores con tareas puramente administrativas y los celadores con tareas sanitarias) y puestos con las mismas funciones que tienen asignadas diferentes categorías (por ejemplo, los celadores con tareas administrativas y los auxiliares administrativos)*”²⁵. A este problema se añade la masculinización o feminización de ciertos puestos de trabajo. Esto supone que ciertos puestos de trabajos, como el de celadores, ha estado tradicionalmente ocupado por hombres, frente a puestos con similares funciones, como el de auxiliar de enfermería, ocupado principalmente por mujeres.

¹⁹ En este sentido, véase TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Madrid; 1999; p. 17.

²⁰ En este sentido, véase CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, et. al.: *Herramientas para combatir...*, op. cit.

²¹ BALLESTER PASTOR, M.A.: “Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral de la Seguridad Social”, en *Revista Doctrinal Aranzadi*, 1998, p. 1.

²² Art. 2 Directiva 97/80/CEE.

²³ En este sentido, véase FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999, p. 11.

²⁴ BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, pp. 163 y ss.

²⁵ COVES, A.M.; LUSA, A.; MARTÍNEZ, C. y ORTEGA, M.A.: “Aplicación de la valoración de puestos de trabajo como herramienta para combatir la discriminación salarial”, en *I Workshop de ingeniería de Organización*, Bilbao, 2000, p. 277.

Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género, Instituto de la Mujer, Madrid, 2015, p.12.

Es en este punto donde los sistemas de valoración de puestos de trabajo cobran una especial importancia. Se entiende por “valoración de puestos de trabajo” al proceso llevado a cabo en una empresa con el objetivo de determinar el valor que tiene cada puesto de trabajo dentro de la empresa. Es decir, con esta herramienta se pretende “*distinguir, cualitativa y cuantitativamente, entre los empleos que conforman la organización*”²⁶. Para ello, es necesario obtener toda la información posible con relación a las características y exigencias de las tareas desempeñadas en cada puesto de trabajo de la empresa²⁷.

De este modo, la valoración de puestos de trabajo pretende ser un método objetivo que permita establecer el valor de los diferentes puestos de trabajo sin que el resultado pueda verse afectado por cuestiones de género. Para ello, se analiza cada factor del puesto de manera independiente, pero bajo un mismo criterio de puntuación que se presupone objetivo. De esta forma, a mayor valor, mayor salario y viceversa.

Debe tenerse en cuenta que el puesto de trabajo, así como su valor, no solo determina las funciones que debe realizar la persona trabajadora, sino también el salario que esta va a percibir de acuerdo con el convenio colectivo de aplicación²⁸. De la misma manera, los sistemas de valoración de puestos son utilizados como herramienta para “*determinar la retribución o un componente de la retribución para cada puesto de trabajo*”²⁹. Por todo lo anterior, la implantación de este tipo de herramientas en las empresas cobra una especial importancia en la lucha contra la discriminación salarial indirecta y contra la brecha salarial que, como se ha señalado anteriormente, sigue siendo, hoy en día, un problema importante no solo en nuestro país, sino en toda la Unión Europea. Lo que este tipo de herramienta puede aportar en la lucha contra la discriminación salarial por razón de sexo es la posibilidad de analizar el contenido de cada puesto de trabajo desde una perspectiva neutra, y otorgando un salario en función del valor del trabajo realizado. Ello supondría, entre otras cosas, que la feminización de una categoría profesional concreta no seguiría generando desigualdad, pues en el análisis no importa el perfil de quienes ocupan el puesto sino el contenido del trabajo desarrollado en este.

Sin embargo, para que esto sea posible, resulta necesario realizar un análisis de aquellos factores tenidos en cuenta en el proceso de valoración de puestos de trabajo que pueden llegar a generar una discriminación salarial indirecta la empresa.

2. La valoración de puestos de trabajo como condición necesaria en la lucha contra la discriminación salarial indirecta

Tal como señalan algunos autores, los sistemas de valoración de puestos de trabajo son, en sí mismos, “*una forma de combatir la discriminación salarial de la mujer, ya que*

²⁶ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo*, Eudema, Madrid, 1993, p. 9.

²⁷ En este sentido, véase FERNÁNDEZ RIOS, M.: *Análisis y descripción de puestos de trabajo*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1995, p. 55.

²⁸ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos...*, op. cit., p. 9

²⁹ COROMINAS, A.; COVES, A.M.; LUSA, A.; MARTÍNEZ, M.C. y ORTEGA, M.A.: “El papel de la valoración de puestos de trabajo en la discriminación salarial de la mujer”, Encuentro Mujer y Trabajo. Un debate sobre la igualdad, Santander, 1999, p.4.

*como su nombre indica, se valora el puesto de trabajo en función de los requerimientos de la tarea desempeñada y de la naturaleza de la misma, independientemente de la persona que lo ocupa en un momento dado*³⁰. En todo caso, tal como ha señalado el Instituto de la Mujer, esta herramienta permite también “*visibilizar y afrontar el hecho de que aún mujeres y hombres no ganan lo mismo por la realización del mismo trabajo o de trabajos distintos, pero de igual valor*”³¹.

El art. 28 TRET establece que las personas trabajadoras deben recibir un mismo salario por un trabajo de igual valor, y obliga al empresario a asegurar dicha igualdad retributiva. Además, la modificación de este artículo aprobada 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 incluyó una definición sobre qué se entendería sobre “trabajo de igual valor”. En concreto, la actual redacción del art. 28 TRET señala que se entenderá que dos trabajos son de igual valor cuando se determine equivalencia entre “*las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales*”. De lo dispuesto en este artículo cabe concluir que, para evitar la discriminación salarial por razón de sexo debe analizarse el contenido específico de cada puesto de trabajo de forma objetiva. Esa necesidad de analizar en detalle diferentes características de los puestos de trabajo convierte a los sistemas de valoración de puestos de trabajo en una herramienta imprescindible para hacer efectivo el principio de igual salario por igual trabajo.

A este respecto, y tal como señalan algunos autores, “*existe un amplio consenso acerca de que los procedimientos de asignación de puntos por factor son los más adecuados, tanto en lo que respecta genéricamente a la valoración de puestos de trabajo como desde el punto de vista de la discriminación salarial de la mujer*”³².

Por todo lo anterior, estos sistemas son esenciales para luchar contra la discriminación salarial por razón del género, pero deben ser aplicados de manera correcta, objetivos y con criterios que resulten neutrales en su aplicación.

Sin embargo, la aplicación de sistemas de valoración de puestos de trabajo como elemento determinante para la fijación del salario, si bien resulta ser, en apariencia, un método objetivo, no elimina completamente la subjetividad y además, puede resultar objetivo sin ser neutro en cuanto al respeto a la igualdad entre hombres y mujeres³³. Por ello resulta imprescindible implementar la perspectiva de género en estos sistemas, con el fin de lograr la neutralidad de estos.

A este respecto, el Instituto de la Mujer ha señalado que “*para que la aplicación de estos sistemas sirva para combatir la desigualdad, es necesario que la evaluación se lleve a cabo libre de sesgos de género*”³⁴. Es decir, deben seleccionarse factores con criterios neu-

³⁰ COVES, A.M.; LUSA, A.; et. al.: “Aplicación de la valoración de puestos...”, op. cit., p. 278.

³¹ *Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género...*, op. cit., p.3.

³² COROMINAS, A.; COVES, A.M.; et. al.: “El papel de la valoración de puestos de trabajo...”, op. cit., p. 5. Igualmente, COVES, A.M.; LUSA, A.; et. al.: “Aplicación de la valoración de puestos...”, op. cit., p. 278.

³³ En este sentido, véase COROMINAS, A.; COVES, A.M.; et. al.: “El papel de la valoración de puestos...” op. cit., p.4.

³⁴ *Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género...*, op. cit., p.12.

etros y sin olvidar la segmentación por sexos de los puestos de trabajo, con el fin de evitar que algunos factores y su valoración puedan favorecer a hombres o mujeres.

Para evitar caer en una falta de neutralidad, deben tenerse en cuenta algunas buenas prácticas a la hora de determinar los factores a analizar y su puntuación; es decir, a la hora de establecer el funcionamiento del sistema de valoración de puestos de trabajo. La primera de ellas y más importante es que se debe garantizar que el sistema de valoración de puestos de trabajo *"se aplique a todos y cada uno de los puestos de trabajo existentes en la organización, ya que lo que se pretende es determinar el valor relativo de los puestos"*³⁵ y, de no hacerlo así, se estaría obteniendo información sesgada que podría incurrir en discriminación indirecta por razón de género.

Para lograr la neutralidad, el sistema deberá estar descrito de forma completa y detallada. Los factores deberán estar definidos con claridad, teniendo en cuenta para ello el contenido del art. 28 TRET con relación a lo que debe tenerse en cuenta en la consideración de varios trabajos como de igual valor. Será necesario, además, marcar claramente las diferencias de puntuación en cada caso. Además, el método debe asegurar que la valoración de un mismo puesto de trabajo por dos personas distintas llevará a un resultado similar. Para ello, es importante definir claramente los procedimientos para la descripción de los puestos de trabajo, su evaluación y su clasificación y justificar la puntuación otorgada en cada caso. Las cualidades que se evalúan en cada factor también deben quedar claras y, en todo caso, deberá ser accesible a todo el personal para que pueda ser consultado en cualquier momento³⁶.

Además, organismos como el Instituto de la Mujer o la OIT recomiendan que estos sistemas sean consensuados entre empresa y personal, y que el grupo de trabajo esté formado en equidad sexual y representado por personas trabajadoras de las diferentes categorías profesionales de la empresa³⁷. La OIT ha señalado que una buena conformación del grupo de trabajo para determinar el proceso y contenido de la valoración de puestos de trabajo tendrá ventajas, pues asegurará la coherencia del proceso y permitirá conocer de forma completa el problema de la igualdad salarial y la evaluación de los empleos en la empresa³⁸. En cuanto a la presencia de mujeres en los mismos, afirma que ello contribuirá a *"detectar mejor los requisitos descuidados de los empleos femeninos"*, lo cual, tal como se verá en el próximo apartado, es una de las principales causas que acaban generando discriminación salarial indirecta³⁹ y que el legislador ha intentado eliminar al señalar, en el art. 28 TRET, que deben tenerse en cuenta factores como la formación o las condiciones en que se desempeña el trabajo. Es decir, teniendo en cuenta factores que resultan aplicables tanto a hombres como a mujeres sin favorecer a ninguno de los dos性os.

³⁵ COVES, A.M.; LUSA, A.; et. al.: "Aplicación de la valoración de puestos de trabajo...", op. cit., p. 279.

³⁶ *Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género...*, op. cit., p.12. En similar sentido, COROMINAS, A.; COVES, A.M.; et. al.: "El papel de la valoración de puestos...", op. cit., pp. 10 y ss.

³⁷ En este sentido, véase *Guía y recomendaciones de uso de la herramienta sistema de valoración de puestos de trabajo en las empresas con perspectiva de género*, Instituto de la Mujer. Igualmente, *Promoción de la igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía detallada*, OIT, Ginebra, 2008, p. 8. Documento disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf

³⁸ *Promoción de la igualdad salarial...*, op. cit., p. 9.

³⁹ *Ibidem...*, p. 10.

Para determinar qué factores deben ser tenidos en cuenta, de manera especial, a la hora de diseñar el sistema de valoración de puestos de trabajo asegurando su neutralidad, se analizará, a continuación, a la luz de la jurisprudencia existente en la materia, cuáles de estos factores –que, como se verá posteriormente, forman parte del contenido básico que se analizará en la valoración de puestos de trabajo– generan o pueden generar discriminación indirecta en su aplicación práctica⁴⁰.

III. Factores determinantes en el diseño del sistema de valoración de puestos de trabajo en aras de la neutralidad

Pese a defender que los sistemas de valoración de puestos de trabajo cuantitativos son los más adecuados, en tanto que se ajustan a lo establecido en el art. 28 TRET para determinar cuándo dos trabajos son “de igual valor”⁴¹ y resultan ser objetivos, no puede obviarse que *“la selección de factores, la definición de los niveles de cada factor, la descripción de los puestos y la ponderación de los factores son, al menos en parte, subjetivas y están condicionadas socialmente”*⁴².

Son numerosas las sentencias que han abordado la problemática de la discriminación salarial indirecta por razón de sexo, tanto a nivel europeo como nacional. En general, en estas sentencias se pone de manifiesto cómo la discriminación salarial indirecta está causada, en muchas ocasiones, por una deficiente valoración de los puestos de trabajo que lleva a entender que dos puestos no realizan un trabajo de igual valor cuando sí lo hacen.

Como se ha señalado anteriormente, el TJCE realizó una interpretación del art. 119 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (en adelante, TCCEE) y de la Directiva 75/117/CEE en lo referido a la aplicación del principio de igualdad retributiva. En concreto, señaló que existirá desigualdad salarial cuando, ante un “mismo trabajo” o “trabajo de igual valor” dos trabajadores de diferente sexo percibiesen una retribución distinta sin una causa objetiva y suficiente que lo justificase⁴³. En similar sentido, la STC (Sala Primera) núm. 286/1994, de 27 de octubre (rec. 175/1994) puso de manifiesto, en su Fundamento Jurídico Tercero, que para probar la inexistencia de discriminación retributiva entre categorías o departamentos segregados sexualmente y con niveles retributivos diferentes, *“el criterio de comprobación no puede ser la identidad formal de las tareas, sino la igualdad del valor del trabajo”*. Dicho de otro modo, no basta con que se realicen tareas distintas para justificar la diferencia salarial, sino que debe analizarse el valor del

⁴⁰ En este sentido, véase COVES, A.M.; LUSA, A.; et. al.: “Aplicación de la valoración de puestos...”, op. cit., p. 278, donde señalan los autores que *“el propio sistema de valoración puede tener aspectos discriminatorios, en su definición y en su aplicación en diferentes fases del proceso”*.

⁴¹ Como se verá posteriormente, este tipo de sistema de valoración de puestos de trabajo analiza factores como las aptitudes necesarias para el puesto analizado, el esfuerzo requerido, el nivel de responsabilidad del trabajador que ocupa el puesto o las condiciones en que se desarrolla el trabajo. Ello está en clara sintonía con lo que el art. 28 TRET señala como factores que determinarían si dos o más trabajos son “de igual valor”.

⁴² P COROMINAS, A.; COVES, A.M.; et. al.: “El papel de la valoración de puestos...”, op. cit., p. 5.

⁴³ STJCE de 26 de junio de 2001 (C-381/99), apartado 25 y 30, entre otros.

trabajo con objeto de no atribuir mayor valor al trabajo realizado predominantemente por hombres frente al de mujeres⁴⁴.

Esta misma sentencia señala que se debe entender que existen razones objetivas cuando el empresario “pueda explicar válidamente la diferencia de retribución, especialmente a través de circunstancias que no han sido tenidas en cuenta por el convenio colectivo aplicable a los trabajadores interesados”, haciendo referencia, además, a que en todo caso dichas causas deberán respetar el principio de proporcionalidad⁴⁵. En todo caso, y tal como consta en su apartado 67, “el motivo invocado por el empresario para explicar la desigualdad debe responder a una efectiva necesidad de la empresa, ser idóneo para alcanzar el objetivo que ésta persigue y ser necesario a tal fin”⁴⁶. Además, tal como señala la sentencia, deberá siempre tenerse en cuenta si el sistema retributivo de la empresa se basa en la productividad, ya que, de ser así, podrá haber una diferencia salarial, siempre y cuando esta sea “consecuencia de los diferentes resultados del trabajo individual”⁴⁷. Sin embargo, si el criterio no está basado en la producción del trabajador individualmente considerado, sino en el tipo de trabajo realizado, no podrá haber diferencias salariales⁴⁸.

La clave está en determinar qué es un “mismo trabajo” o “trabajo de igual valor”, y para ello, deben analizarse los diferentes factores laborales determinantes de la retribución que, aunque en apariencia son neutros, derivan, tal como ha venido señalando los tribunales, en discriminación salarial indirecta por razón de sexo. En los siguientes apartados se analizará la jurisprudencia en torno a cada uno de estos factores.

En el presente apartado se tratará de determinar, en primer lugar, qué se entiende por “mismo trabajo” o “trabajo de igual valor”. En segundo lugar, se determinará cuáles son esos factores aparentemente neutros que generan discriminación salarial, así como la importancia de estos en los sistemas de valoración de puestos de trabajo, haciendo que estos supongan una herramienta para la lucha contra la discriminación salarial o, por el contrario, una causa más de discriminación indirecta por razón de sexo.

Es preciso adelantar que, el presente apartado se limita a repasar aquellos factores que han sido objeto de jurisprudencia por entender que podían generar discriminación salarial indirecta por razón de sexo, no cada uno de los factores que se han señalado anteriormente como incluidos en los diferentes sistemas de valoración de puestos de trabajo.

1. Una revisión jurisprudencial al concepto de “mismo trabajo” o “trabajo de igual valor”

Para determinar qué aspectos de los sistemas de valoración de puestos de trabajo pueden generar discriminación salarial indirecta por razón de sexo es necesario analizar,

⁴⁴ En este sentido, véase STC (Sala Primera) núm. 286/1994, de 27 de octubre (rec. 175/1994), FJ Tercero.

⁴⁵ STJCE de 26 de junio de 2001 (C-381/99), apartado 68.

⁴⁶ La STJCE de 26 de junio de 2001 (C-381/99) señala esta cuestión haciendo referencia a la doctrina de este mismo Tribunal planteada en su Sentencia de 13 de mayo de 1986 (C-170/84), apartado 36.

⁴⁷ STJCE de 26 de junio de 2001 (C-381/99), apartado 73.

⁴⁸ La STJCE de 26 de junio de 2001 (C-381/99), apartados 73 y ss.

en primer lugar, el concepto de “trabajo de igual valor” a la luz de la redacción del art. 28 TRET. Este artículo establece que se entenderá que dos trabajos tienen el mismo valor cuando *“la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrechamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”*⁴⁹.

Esta redacción respecto al concepto de “trabajo de igual valor”, es fruto de la interpretación de este por parte del Tribunal de justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que ha establecido que el valor de un trabajo debe evaluarse mediante criterios objetivos como pueden ser los requisitos educativos, profesionales y de formación, cualificación, esfuerzo y responsabilidad, el trabajo realizado o la naturaleza de las tareas del puesto evaluado⁵⁰. Como se verá a continuación, el señalado criterio ha sido también aplicado por los tribunales españoles⁵¹.

En concreto, la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-427/11), señaló que, para demostrar la existencia de causa objetiva que justifique la diferencia salarial cuando existe una aparente discriminación salarial indirecta por razón de sexo, la empresa debe probar que las actividades realizadas por el trabajador y la trabajadora no son comparables y no pueden entenderse como “mismo trabajo” o “trabajo de igual valor”. Esta es la primera cuestión que suscita problemas a la hora de determinar la existencia de discriminación salarial indirecta: cuáles son los factores determinantes para comprobar si dos personas realizan un “mismo trabajo” o “trabajo de igual valor”. En este sentido, la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-427/11) establece en su apartado 27 que *“debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable”*⁵².

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que, para garantizar la no discriminación, *“se han de tener en cuenta criterios de evaluación que, por sí mismos, no sean discriminatorios”*. Añade, además, que para ello *“deberá evidenciarse que se ha recurrido a criterios de evaluación neutros, basados en atributos igualmente predicables de ambos sexos”* pues, como determina la Sala, la discriminación por razón de sexo también se produce cuando se valoran en mayor medida trabajos con rasgos y características propias, de manera predominante, de uno de los dos性os⁵³.

A continuación, se comentarán los diferentes factores señalados cuando se trate de analizar una actividad sea, en apariencia, idéntica.

⁴⁹ Esta segunda parte del señalado artículo fue introducida 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.

⁵⁰ En este sentido véase la STJCE de 26 de junio de 2001 (C-381/99), apartado 5.

⁵¹ Sirva como ejemplo la STC 147/1995 de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Segundo.

⁵² En similar sentido, STJUE de 11 de mayo de 1999 (C-309/97, apartado 17 y STJUE de 26 de junio de 2001 (C-381/99) apartado 43).

⁵³ STC (Sala Primera) núm. 286/1994, de 27 de octubre (rec. 175/1994), FJ Tercero. En similar sentido, STC (Sala Primera) núm. 58/1994, de 28 de febrero (rec. 205/1991).

1.1. La formación

Respecto a la formación debe tenerse en cuenta que se hace referencia a la titulación requerida para la realización de las funciones propias del puesto de trabajo. Esto supone que no se consideraría neutra la exigencia de una determinada acreditación o la valoración de una determinada acreditación si no está justificada con relación a las funciones inherentes del puesto de trabajo.

A este respecto, el TJUE ha señalado que si los trabajadores y trabajadoras incluidos en una misma categoría profesional o dentro de un mismo puesto de trabajo no disponen de la misma habilitación o cualificación profesional deberán tenerse en cuenta otros factores *"relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, a los requisitos de formación exigidos para su ejercicio y a las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan"*⁵⁴. Es decir, el simple hecho de que dos personas tengan un nivel formativo diferente no justifica, per se, la diferencia salarial; pues esta debe basarse en el contenido del propio trabajo.

De esta forma, la cualificación solo será causa objetiva que justifique la diferencia salarial cuando la misma sea requisito sine qua non para desempeñar funciones o tareas específicas del puesto de trabajo. Sin embargo, sí será un criterio que permitirá determinar si las personas trabajadoras efectúan el mismo trabajo⁵⁵.

1.2. El concepto de tareas de la “misma naturaleza”

La segunda de las cuestiones que debe analizarse es si realizan tareas de la misma naturaleza. A este respecto, el TJUE ha señalado que, aunque de manera habitual los trabajadores y trabajadoras no desempeñen tareas de la misma naturaleza, deberá considerarse que sí lo hacen cuando cualquiera de ellos pueda ser requerido para realizar las tareas del otro en un momento determinado, aunque no sea lo habitual⁵⁶.

Dentro de la naturaleza de las actividades realizadas deben tenerse en cuenta factores que, aunque son neutros en apariencia, también pueden generar discriminación indirecta. Esto puede darse al valorar puestos de trabajo en los que haga falta el uso de la fuerza física frente a otros cuya exigencia principal sea la habilidad manual. Igual problema plantea la comparación entre dos grupos de trabajadores y trabajadoras en los que, por las funciones desempeñadas en el puesto, los períodos de descanso retribuido son diferentes, la libertad en la organización del trabajo cambia o la nocividad es de diversos grados. Recuérdese que solo habrá discriminación salarial por razón de sexo cuando dos grupos de trabajadores y trabajadoras realicen, si no el mismo trabajo, un trabajo al que se atribuya el mismo valor objetivo.

⁵⁴ STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-427/11) apartados 28 y 29.

⁵⁵ STJUE de 11 de mayo de 1999 (C-309/97) apartado 19.

⁵⁶ STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-427/11) apartados 31 y ss.

Además, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, al comparar varios puestos de trabajo no es necesario que el trabajo desempeñado sea exactamente el mismo, sino que basta con que este sea de “igual valor” para entender que deben ser retribuidos de igual modo⁵⁷. En este sentido, el Tribunal ha señalado que no basta con que las funciones realizadas sean diferentes para justificar la diferencia salarial, sino que lo que debe analizarse es el criterio empleado para fijar el valor del trabajo realizado en cada categoría profesional⁵⁸. Los criterios de valoración empleados deben ser neutros, sin dar más valor a una serie de actividades que requieren “*cualidades predominantemente predicables de un sexo*”. Será la neutralidad del sistema de valoración de puestos lo que permita dirimir la existencia o no de discriminación salarial indirecta por esta causa.

Respecto a lo anterior, hay algunas cuestiones relativas a ciertas características del trabajo realizado que deben ser tenidas en cuenta para asegurar la neutralidad de la valoración de este. Entre ellos, cabe destacar la valoración, como característica esencial del trabajo, de la nocturnidad o la penosidad y esfuerzo físico del mismo.

En cuanto al trabajo nocturno, el Tribunal Constitucional ha señalado que no puede justificar una diferencia en la valoración del puesto de trabajo, puesto que es una característica que ya se retribuye de manera específica atendiendo al convenio colectivo de aplicación, tal como establece el art. 36.2 TRET⁵⁹.

Con relación a la penosidad o el esfuerzo físico, podría decirse que parecen categorías neutras, pues ninguna de ambas tiene por qué ser mejor tolerada por hombres que por mujeres. Sin embargo, la jurisprudencia ha señalado en reiteradas ocasiones que cuando no se demuestre que son características vinculadas al puesto, se estará dando más valor de manera injustificada a una cualidad predominantemente masculina. Además, señala el Tribunal que no pueden obviarse otras características del puesto de trabajo que no adolecen de este sesgo de género, como pueden ser la atención requerida, el cuidado, la asiduidad de una determinada tarea o la responsabilidad derivada del puesto de trabajo; características estas que sí son consideradas neutras⁶⁰. Así, no se podrá dar más valor al trabajo realizado en un puesto vinculado a la penosidad y el esfuerzo cuando estos “*se hallen unidos a la fuerza física y a la resistencia muscular*”, pues en tal caso se puede deducir que “*estaremos ante categorías masculinizadas y, por ende, discriminatorias*”⁶¹. En definitiva, este criterio solo podrá ser utilizado de manera restrictiva, cuando sea un elemento esencial en la actividad analizada y siempre combinándolo con criterios de valoración neutros⁶². En este sentido, la STC (Sala Primera) núm. 198/1996 de 3 de diciembre (rec. 1145/1993) señala, en su FJ Cuarto, que “*la posesión de un cierto grado de fuerza física es un elemento más, no el único*” a la hora de determinar el valor del trabajo realizado.

⁵⁷ STC núm. 145/1991, de 1 de julio (rec. 175/1989), FJ Cuarto.

⁵⁸ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Tercero.

⁵⁹ En este sentido, véase STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Sexto.

⁶⁰ Así lo manifiesta la STC núm. 145/1991, de 1 de julio (rec. 175/1989), FJ Quinto. Siguiendo el mismo criterio se manifiesta la STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Sexto.

⁶¹ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Sexto. En este sentido, véase también STSJ País Vasco (Sala de lo Social), de 11 de mayo de 2004 (rec. 288/2004), FD Tercero

⁶² STC (Sala Primera) núm. 58/1994, de 28 de febrero (rec. 205/1991), FJ Sexto.

En este sentido, debe recurrirse siempre a sistemas de asignación de categorías neutros, sin que puedan ser considerados como tales “*aquellos factores o cualidades predominantemente poseídos por el género masculino*”, salvo que pueda demostrarse de manera objetiva que son factores intrínsecos al puesto y a las funciones a desarrollar en el mismo que le otorguen, además, un valor a ese trabajo diferente al resto. Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*no cabe adoptar como criterio dominante de valoración, a efectos de anudar una superior retribución, el esfuerzo físico*”, pues se entiende que este se vincula a los hombres y, por tanto, resultaría discriminatorio⁶³.

En todo caso, debe tenerse siempre en cuenta que no basta con demostrar la neutralidad en apariencia o respecto a un único puesto de trabajo, sino que debe demostrarse que la valoración de los factores alegados ha sido ponderada junto con otros factores presentes en los puestos de trabajo, lo que daría como resultado un sistema de valoración transparente y neutral en su conjunto⁶⁴. Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional al entender que no basta con “*limitarse a constatar que las reglas en materia de clasificación profesional establecen funciones distintas*”, sino si ese reparto de funciones está ocultando una discriminación indirecta por razón de sexo. Lo que debe hacer es “*suministrar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada que eliminase la presunción de discriminación por sexo*”⁶⁵, lo que podría hacerse con un buen sistema de valoración de puestos de trabajo que asegure la neutralidad en el proceso.

2. La negociación colectiva como fuente de discriminación salarial indirecta

Uno de los factores que no son objeto de la valoración del puesto de trabajo pero que está directamente vinculado a este tipo de herramienta es la propia clasificación profesional. Ello ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia, con objeto de determinar si, efectivamente, es una causa objetiva suficiente para justificar la diferencia salarial entre hombres y mujeres el mantenimiento de unas buenas relaciones laborales a través del convenio colectivo de aplicación o la propia “tradición” que mantiene una serie de categorías profesionales en el convenio colectivo sin que sean revisadas en posteriores negociaciones. Generalmente, estas categorizaciones suelen feminizar ciertos trabajos y masculinizar otros que, si se realizase un análisis del valor de estos, resultarían ser trabajos de igual valor.

Con relación a ello, la jurisprudencia es clara. La STJUE de 31 de mayo de 1995 (C-400/93) señala que “*el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras es aplicable también cuando la retribución se fija a través de negociaciones colectivas*”⁶⁶. Por tanto, que el convenio colectivo haya fijado una determinada retribución para los diferentes puestos de trabajo no es justificación suficiente ni objetiva para una diferencia

⁶³ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Segundo.

⁶⁴ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Sexto.

⁶⁵ STC (Sala Primera) núm. 286/1994, de 27 de octubre (rec. 175/1994) Antecedente Tercero.

⁶⁶ Apartado 46.

salarial. También en este sentido se ha manifestado el Tribunal Constitucional, al señalar que “ni la tradición ni el carácter convencional de las diferencias de trato pueden erigirse en argumentos invocables frente a la discriminación”⁶⁷, independientemente de que, en principio, la diferencia retributiva haya sido pactada en negociación colectiva y de manera legítima, pues el Convenio colectivo también está obligado a respetar los derechos fundamentales recogidos en la Carta Magna, entre los que se encuentra la prohibición de no discriminación por razón de sexo⁶⁸.

Exactamente lo mismo sucede con el mantenimiento de unas buenas relaciones laborales en la empresa. Tal como señala la STJUE de 28 de febrero de 2013 (C-427/11), este interés empresarial “está supeditado al respeto del principio de prohibición de la discriminación retributiva entre trabajadores masculinos y femeninos. Por tanto, este interés no puede constituir, por sí mismo, el único fundamento que justifique tal discriminación”⁶⁹.

Así, puede existir diferencia salarial, aparentemente justificada por una distribución del trabajo en categorías profesionales dentro de la empresa (generalmente, en función del convenio colectivo de aplicación). Esta diferencia salarial no implica, necesariamente, la existencia de discriminación por razón de sexo; siempre y cuando esté justificada por el contenido del trabajo realizado.

Lo que puede suceder en estos supuestos es que la discriminación surja de la asignación de las personas trabajadoras a las diferentes categorías basada en factores que pueden tener que ver, directa o indirectamente, con el sexo. Esto hace surgir lo que llamamos puestos de trabajo feminizados o masculinizados, y tal como señala el Tribunal Constitucional, es la expresión más sutil y común de la discriminación por razón de sexo. “la que tiene lugar bajo apariencia de tratamientos formalmente no discriminatorios pero que encubren consecuencias para un grupo social determinado, generalmente femenino”. Esta segregación puede diferenciarse entre horizontal, entendiéndose por tal aquella que se da por la existencia de “sectores económicos fuertemente feminizados (caso como el ámbito de la enseñanza, la sanidad o los servicios) y otros masculinizados (construcción e industria, por ejemplo)” y vertical, referida a aquella que se da respecto a “los empleos (categorías) que ocupan los hombres y las mujeres” y que es la que puede verse afectada, de manera directa, por la categorización dentro del convenio colectivo⁷⁰.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha señalado que, al menos en apariencia, puede existir discriminación salarial por razón de sexo cuando se establecen diferentes salarios para dos grupos profesionales estando el que percibiría un salario mayor formado mayoritariamente por hombres frente al otro grupo profesional, formado mayoritariamente por mujeres⁷¹. Sin embargo, y tal como recoge la sentencia, este detalle por sí solo no im-

⁶⁷ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Tercero.

⁶⁸ En este sentido, cabe destacar el contenido del voto particular de la STC 250/2000 de 30 de octubre (rec. 2075/1996), donde señala el Magistrado que “la valoración de distintos trabajos, a efectos de su posible comparación, y más cuando la misma se establece en una negociación colectiva, no es un dato de carácter normativo”, sino de carácter fáctico, por lo que debe cuestionarse si la valoración señalada respeta el principio de no discriminación establecido en el art. 14 CE o incurre en discriminación, aunque sea de forma indirecta.

⁶⁹ Apartado 48.

⁷⁰ CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, R.; et. al.: *Herramientas para combatir...*, op. cit., p.13.

⁷¹ STS (Sala de lo Social) de 3 de noviembre de 2008 (rec. 169/2007), FD Segundo.

plica la existencia de discriminación, sino que debe ser tenido en cuenta como un indicio. Se insiste así en la necesidad de analizar, siempre, el valor del trabajo para determinar si estos son o no de igual valor. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Islas Canarias señala que es irrelevante la categorización profesional, sino que lo que debe tenerse en cuenta, en todo caso, es las tareas realizadas en el puesto. Señala así que puede darse una segregación por puestos de trabajo que, en el fondo, realicen las mismas funciones⁷².

En este sentido, la STJCE ha señalado que el hecho de que la retribución fijada en negociación colectiva se lleve a cabo por los grupos profesionales afectados de manera separada y sin producir, dentro de cada grupo, un efecto discriminatorio, “*no impide que se declare que existe una discriminación*” cuando del resultado final se desprenda una diferencia salarial entre dos grupos profesionales de una misma empresa, pues el análisis debe basarse en si las funciones, tareas y exigencias del puesto son similares, así como en otros factores que resulten objetivos, no solo en que esta retribución sea el resultado de la negociación colectiva⁷³. Existe una práctica convencional de segregar a ambos sexos en dos categorías profesionales diferenciadas que genera una doble escala salarial y que, tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, supone una discriminación salarial indirecta evidente⁷⁴.

Ejemplo de ello es la STC núm. 145/1991, de 1 de julio (rec. 175/1989), donde la Sala entiende la existencia de discriminación salarial indirecta cuando se remunera de manera distinta a las trabajadoras incluidas en el grupo profesional de “limpiadoras” frente al de “peones”, siendo el primero un grupo feminizado frente al segundo, masculinizado y teniendo en cuenta, además, que, si bien había funciones distintas, muchas eran comunes a ambos trabajos, por lo que estos tenían el mismo valor y debían ser retribuidos de igual modo⁷⁵. Parece que el debate sobre esta cuestión ya está superado, pero en la práctica, sigue encontrándose una categorización profesional que tiene en cuenta factores poco neutros, generando así una vez más, la segregación y la doble escala salarial en función del sexo.

Por tanto, cuando la diferencia salarial parece estar justificada en una asignación diversa de categorías, “*no basta con constatar la desigualdad de las tareas realizadas*”, sino que es necesario valorar que los criterios utilizados para asignar las categorías a los trabajadores y trabajadoras no son discriminatorios⁷⁶.

Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional, “*para que un sistema de clasificación no sea discriminatorio en su conjunto, debe tomar en consideración, en la medida en que la naturaleza de las tareas a cumplir en la empresa lo permitan, criterios para los cuales los trabajadores de cada sexo sean susceptibles de presentar aptitudes particulares*”⁷⁷.

⁷² Véase STSJ Islas Canarias (Las Palmas) (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm 2224/2014, de 19 de diciembre (rec. 428/2014), FD Único.

⁷³ STJCE de 27 de octubre de 1993 (Caso P.M. Enderby contra Frenchay Health Authority y otros), pág. 3.

⁷⁴ En este sentido, véase STC núm. 145/1992, de 13 de octubre (rec. 1071/1989)

⁷⁵ STC núm. 145/1991, de 1 de julio (rec. 175/1989), FJ Quinto. La Sala señala, además, que el convenio colectivo aplicable las separaba y definía como categorías diferenciadas, sin ser esto del todo relevante, pues la descripción de ambas categorías era genérica y podía ser equivalente, lo que lleva a determinar que se trata de una segregación por sexo que conlleva, además una discriminación salarial por esta causa.

⁷⁶ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Segundo.

⁷⁷ STC núm. 250/2000, de 30 de octubre (rec. 2075/1996), Antecedente Octavo.

En todo caso, para evitar la discriminación salarial indirecta por razón de sexo derivada de la feminización de ciertos puestos de trabajo de la empresa, debe aplicarse un sistema de valoración de puestos que resulte neutro, pues es la única forma de garantizar un sistema retributivo adecuado y no discriminatorio. Tanto es así que el propio Tribunal Constitucional ha señalado que, para determinar si existe discriminación salarial en una empresa entre un puesto ocupado mayoritariamente por mujeres frente a otro, ocupado en su mayoría por hombres, *"no basta con comprobar la corrección formal de las diferencias salariales entre departamentos contenida en el convenio colectivo. Ha de tomarse en consideración, además, el trabajo efectivamente prestado y la concurrencia en él de circunstancias objetivamente acreditadas que no se vinculen directa o indirectamente al sexo de la persona"*⁷⁸. En definitiva, lo que debe comprobarse es si *"la evaluación de las tareas llevada a cabo se ha producido con una repercusión salarial negativa en un determinado sexo"* que verían así infravalorado su trabajo⁷⁹.

En ocasiones, este problema no deriva de la categorización profesional sino del establecimiento de ciertos pluses en el convenio colectivo que pueden resultar discriminatorios⁸⁰. Así, los tribunales señalan que para que un plus vinculado a la productividad no sea discriminatorio deberán *"fijarse las cuantías del mismo con arreglo a condiciones objetivas"*, que no afecten de manera negativa a un grupo formado mayoritariamente por mujeres. Es decir, la cuantía debe ser la misma y los criterios para establecerla resultar neutros en cuanto al género. Algunos de estos criterios podrían ser *"la existencia del trabajo a turnos o en horario nocturno, así como exigencias formativas como idiomas o cursos"*; exigencias que deben estar vinculadas a la tarea realizada en cada puesto de trabajo y debidamente justificadas por su necesidad⁸¹.

Con relación a la cuestión aquí planteada, debe señalarse que el Tribunal Constitucional exige una mayor justificación en aquellos supuestos en que la discriminación salarial parece darse vinculada a los contratos de trabajo a tiempo parcial, ya sea por la categorización profesional o por quedar este tipo de personas trabajadoras fuera del campo de aplicación de algunos pluses previstos por el convenio colectivo. Esto es así porque, tal como señala la STC (Sala Primera) núm. 22/1994, de 27 de enero (rec. 2550/1991), en su FJ Cuarto, en los contratos a tiempo parcial existe un alto porcentaje de mano de obra femenina⁸², lo que hace que pueda existir discriminación indirecta y *"exigiéndose, por tanto, una más cuidadosa justificación de las desigualdades salariales"*, atendiendo a factores que vayan más allá del tiempo de trabajo⁸³.

⁷⁸ STC (Sala Primera) núm. 286/1994, de 27 de octubre (rec. 175/1994), FJ Tercero.

⁷⁹ STC núm. 147/1995, de 16 de octubre (rec. 652/1993), FJ Tercero.

⁸⁰ En este sentido, véase CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, R.; et. al.: *Herramientas para combatir...*, op. cit., 2015.

⁸¹ En este sentido, véase STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) (Sala de lo Social), núm. 928/2017 de 2 de noviembre (rec. 461/2017), FD Segundo.

⁸² En este sentido, véase también CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, R.; et. al.: *Herramientas para combatir...*, op. cit., p. 13.

⁸³ En este sentido, véase también MIRANDA BOTO, J.M.: "Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 21/2007, p. 1324.

3. El poder de organización y dirección empresarial y los límites en torno a la discriminación salarial

Como se sabe, el empresario tiene la facultad de dirigir y organizar su empresa para obtener los objetivos que este persigue. Si bien es cierto que este poder de dirección y organización empresarial no es absoluto e ilimitado, puede permitirle alterar, de manera unilateral, condiciones laborales no esenciales.

A este respecto, existen numerosas sentencias que abordan la cuestión de si un determinado plus, ya sea convencional o pagado de manera voluntaria por el empresario, puede constituir discriminación salarial por razón de sexo. El Tribunal Supremo ha entendido que, para apreciarse la discriminación salarial indirecta en estos casos, la empresa no debe poder justificar, de manera objetiva y razonable la disparidad salarial derivada del pago de un plus concreto a ciertos trabajadores⁸⁴.

En primer lugar, respecto a la libertad empresarial de establecer diferencias salariales en su empresa, la Sala entiende que, si bien es cierto que el empresario podría establecer diferencias salariales dentro de su libertad y autonomía en la gestión de su empresa, no puede hacerlo si esto supone una distinción de trato basada, exclusivamente, en el sexo del trabajador. Esto supone que un plus voluntario no convencional, cuando no esté vinculado al desarrollo del propio trabajo, “evidencia que, de forma aparentemente neutra y objetiva, la empresa signa el plus al margen de cualquier capacitación profesional de quienes lo perciben” y que, si bien es cierto que el empresario “no está obligado a otorgar un trato igual a todos sus trabajadores, pudiendo establecer aquellas diferencias que le parezcan más convenientes en orden a sus propios intereses empresariales”, lo que no puede hacer es “asignar unas cantidades significativamente inferiores” de dicho plus a departamentos o puestos de trabajo mayoritariamente ocupados por mujeres frente a los ocupados por hombres⁸⁵. Es decir, también en las acciones que lleve a cabo en materia retributiva dentro de su libertad como empresario, deberá respetar el principio de igualdad salarial entre hombres y mujeres.

Al hilo de lo anterior, los pluses que los estudios señalan como origen de discriminación salarial indirecta entre hombres y mujeres son varios y están relacionados, principalmente, con las tareas y características propias del puesto de trabajo y de las funciones desarrolladas.

Dentro de este grupo se incluye, por ejemplo, el plus de nocturnidad. Este plus no presenta grandes problemas con relación a la discriminación, pues retribuye el trabajo dentro de una horquilla horaria preestablecida por la normativa en el art. 36 TRET. Sin embargo, puede generar discriminación salarial indirecta cuando se calcula aplicando un porcentaje sobre el salario base, pues como ya se ha señalado, que las mujeres cobran menos que los hombres es un hecho.

En cuanto a los pluses de penosidad, peligrosidad o toxicidad, la discriminación surge por la existencia de puestos de trabajo feminizados y masculinizados, ya que ge-

⁸⁴ En este sentido, véase STS (Sala de lo Social) de 14 de mayo de 2014 (rec. 2328/2013).

⁸⁵ STS (Sala de lo Social) de 14 de mayo de 2014 (rec. 2328/2013). FD Segundo.

neralmente están vinculados a categorías profesionales o funciones especialmente masculinizadas⁸⁶. En este caso, se deben tener en cuenta para su abono factores que pueden generar discriminación indirecta por razón de género, pues son propios de esos trabajos masculinizados. Sin embargo, no se valoran factores que podrían ser similares para trabajos feminizados. Ejemplo de ello sería valorar la carga física a la hora de determinar qué categorías se benefician del plus de penosidad y no valorar, para el abono de dicho plus, la carga mental de un trabajo. En todo caso, su cuantía está también vinculada, en ocasiones, al salario base, aplicando sobre este un porcentaje; lo cual, y como se ha señalado, puede también generar discriminación salarial indirecta.

Respecto al plus de desempeño, la situación es similar. En primer lugar, para garantizar la neutralidad del mismo es indispensable partir de una valoración de puestos de trabajo y del desempeño del mismo por el empleado que resulte no solo objetiva, sino neutra en cuanto al género. Además, tal como pone de manifiesto el estudio realizado por la Universidad Complutense de Madrid, hay un peligro concreto, pues existen convenios que no lo concretan, dejando esta cuestión al “*acuerdo entre los representantes y el empresario*”, lo que podría generar “*su pago aleatoriamente, por decisión unilateral de la empresa*” y sin tener en cuenta criterios de neutralidad que garanticen el respeto al principio de igualdad retributiva⁸⁷.

Pese a existir muchos otros pluses, como el de flexibilidad, festivos, sábados o domingos o vinculados a la productividad, debe señalarse que los mencionados son los que mayores diferencias salariales vinculadas al género pueden causar en la práctica⁸⁸.

Tal como señalan CASAS BAAMONDE, et. al., la regulación ideal de este tipo de complementos “*para impedir posibles brechas salariales es que se cuantifique igual para todos*”, sin distinciones en función de la categoría profesional y sin vincularlo, en ningún caso, al salario base. Es decir, estableciendo un importe que se aplique de igual manera a todo el personal de la empresa. Además, para pluses en los que se está valorando en mayor medida características propiamente masculinas, deberán tenerse en cuenta para su asignación otras cualidades vinculadas a funciones feminizadas e incluso otras que puedan ser aplicadas de manera indistinta, sin cuestiones de género que acaben con la neutralidad pretendida.

En este sentido, la STSJ Islas Canarias (Las Palmas) (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 2224/2014 de 19 de diciembre (rec. 428/2014) señala que “*la prohibición de discriminación excluye el recurso a criterios de evaluación sexualmente caracterizados, imponiéndose el uso de criterios neutros, basados en atributos igualmente predicables de ambos géneros*”⁸⁹.

Con relación a los intereses de la empresa, existe un factor que debe ser tenido en cuenta: la falta de candidatos para ocupar un puesto de trabajo determinado en el mercado de trabajo. En estas circunstancias, puede darse el caso de que la empresa se vea obligada a ofrecer una retribución superior para un concreto puesto de trabajo, con el fin de

⁸⁶ En este sentido, véase CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, R.; et. al.: *Herramientas para combatir...*, op. cit., p. 62.

⁸⁷ *Ibidem...*, pp. 47 y ss.

⁸⁸ Para saber más sobre la redacción de estos pluses y su vinculación a la brecha salarial, *ibidem...*, p. 62

⁸⁹ FD Único.

atraer a los posibles candidatos. Esto podría justificar, de manera objetiva, una diferencia en la retribución⁹⁰.

Sin embargo, en este caso se corre el riesgo de que la diferencia de trato venga dada porque este tipo de ofertas sean propias de puestos de trabajo o sectores de actividad masculinizados, por lo que también deberá estar justificada con base en factores objetivos y que resulten neutros.

IV. Sistemas de valoración de puestos de trabajo: tipos y características principales

Antes de analizar los diferentes sistemas de valoración de puestos de trabajo debe señalarse que todos ellos tienen un objetivo común: *"intentar eliminar las influencias personales e introducir procedimientos definidos que permitan obtener una valoración objetiva de los puestos de trabajo"*⁹¹.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que existen numerosos sistemas de valoración de puestos de trabajo, y que cada empresa adapta los ya existentes, o incluso crea su propio sistema interno⁹². Lo que se pretende en el presente apartado es realizar un marco genérico en el que se detallen los principales tipos de sistemas y sus características, sin entrar a analizar en detalle cada uno de ellos, pues lo que interesa es la posibilidad de que en cualquier sistema de análisis sea posible incurrir en discriminación indirecta. Para ello, se hablará de los sistemas de valoración de puestos de trabajo diferenciando dos grandes grupos: los sistemas cualitativos y los cuantitativos.

1. Sistemas de valoración de puestos cualitativos

Al hablar se métodos cualitativos de valoración de puestos de trabajo se hace referencia a aquellos que *"proporcionan una ordenación de los puestos de trabajo de la organización, desde el más importante hasta el menos, pero no aportan un valor numérico en la ordenación y, como consecuencia, no se conocen las diferencias en valor existentes entre los puestos"*⁹³. Este tipo de sistema *"determina el peso relativo de los puestos comparándolos con descripciones generales"*⁹⁴, pero sin analizar en detalle las funciones y tareas desem-

⁹⁰ En este sentido, véase STJCE de 27 de octubre de 1993 (Caso P.M. Enderby contra Frenchay Health Authority y otros), pág. 3.

⁹¹ CEPEDA CARRIÓN, G.: "La valoración de puestos en la práctica: un análisis de convenios colectivos", en *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés*, Logroño, 1999, p. 179.

⁹² Tal como señalan PEREDA MARÍN y BERROCAL BERROCAL, *"las técnicas utilizadas por las diversas organizaciones para valorar sus puestos de trabajo han sido múltiples, y todas ellas tratan de ordenarlos en función de su valor o utilidad relativos para las mismas"*. En PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., p. 19. En similar sentido, véase POELS, F.: *Estrategias de valoración y remuneración de puestos de trabajo*, FC Editorial, Madrid, 2001, p. 107, donde señala que *"En Europa se están utilizando en la actualidad, más de 100 métodos de valoración distintos"*.

⁹³ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., p. 19. Entre estos métodos están, tal como señalan los autores, el Método de Graduación, el Método de Clasificación o el Método del Mercado de Salarios.

⁹⁴ POELS, F.: *Estrategias de valoración y remuneración...*, op. cit., p. 107.

peñadas en cada uno de ellos. Por ello, también son llamados “métodos globales” o “no analíticos”.

En estos casos, se utilizan uno o varios criterios generales para determinar la importancia de cada puesto de trabajo dentro de la organización. Es decir, su objetivo es “*la ordenación jerárquica de los puestos de trabajo*” sin entrar a valorar su contenido y diferencias entre ellos⁹⁵. Su fortaleza reside en la simplicidad de su aplicación⁹⁶.

Estos criterios son, en todo caso, valorados por otras personas, lo que hace que sean subjetivos pues dependen, en ocasiones, de la percepción de estas. Con el objetivo de eliminar dicha subjetividad en la valoración, algunos expertos proponen la evaluación por pares⁹⁷. El más utilizado de estos métodos es el Método de Clasificación, consistente en “*agrupar los distintos puestos, considerando globalmente cada uno de ellos, en una serie de grados, previamente definidos y clasificados en una hipotética escala de importancia*”⁹⁸.

En todo caso, y debido a la subjetividad que subyace en su diseño, estos sistemas no son los más adecuados, y, en todo caso, “*no ofrecen pruebas documentales que permitan defender la compensación final obtenida por un puesto*”⁹⁹ y, por tanto, no puede asegurarse, en ningún caso, su neutralidad y su utilidad específica en la lucha contra la discriminación salarial indirecta por razón de género.

Podría decirse, por lo tanto, que este tipo de sistemas no serían los más adecuados, ya que, además de partir de una valoración más o menos subjetiva, no tienen en cuenta los factores señalados por el art. 28 TRET para determinar si dos o más trabajos pueden considerarse “iguales” o de “igual valor” y, aun en los casos en que sean valorados algunos de estos factores, no son objetivados ni se utilizan criterios neutros para su valoración.

2. Sistemas de valoración de puestos cuantitativos

Si bien es cierto que los sistemas de valoración de puestos de trabajo cualitativos pueden suponer un problema, ya que podría generar discriminación salarial indirecta al tener un marcado carácter subjetivo, no ocurre lo mismo con los sistemas de valoración de puestos de trabajo cuantitativos

Los métodos cuantitativos –también llamados analíticos– son aquellos que, tras un análisis detallado del contenido de cada puesto de trabajo, otorgan a este un valor numérico. Por tanto, permite “*conocer no sólo su ordenación, sino las diferencias existentes entre*

⁹⁵ BERROCAL BERROCAL, F.: *Análisis comparativo de tres métodos de valoración de puestos de trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 103.

⁹⁶ *Ibidem*..., p. 104.

⁹⁷ Es el caso del Método de Graduación. Para obtener más información sobre el mismo, véase PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., pp. 23 y ss. Igualmente, lo recomienda la Comisión Nacional de Productividad Industrial en su documento *Valoración de puestos de trabajo, salarios e incentivos*, Madrid, 1963 y FERNÁNDEZ-RÍOS, M. y SÁNCHEZ, J.C.: *Valoración de puestos de trabajo: fundamentos, métodos y ejercicios*, Díaz de Santos, Madrid, 1997.

⁹⁸ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., p. 33.

⁹⁹ BERROCAL BERROCAL, F.: *Análisis comparativo...*, op. cit., p. 105.

*el valor de los mismos*¹⁰⁰. Dentro de este grupo se puede diferenciar entre el método de puntuación y el de comparación de factores.

Estos métodos se basan en la utilización de una serie de factores para determinar el valor y la similitud entre los diferentes puestos de trabajo de la empresa. A este respecto, se entiende por factor aquellas “*características o componentes del trabajo comunes a diferentes puestos de trabajo y que tienen una importancia distinta en cada uno de ellos*”¹⁰¹. Es decir, se analizan una serie de cualidades, características o exigencias de un puesto de trabajo que, en conjunto, forman dicho puesto.

Con el fin de mantener la objetividad del sistema, los factores seleccionados para su valoración deben ser comunes a los diferentes puestos de trabajo de la empresa, y tener un peso diferente en cada trabajo, con objeto de otorgar en cada caso la importancia que tiene. Estos factores pueden dividirse en cuatro grandes grupos: aptitudes, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo¹⁰².

En todo caso, los factores a valorar deben estar relacionados con el puesto de trabajo y las funciones realizadas, nunca con las características personales del trabajador que lo ocupe¹⁰³. Además, deberán cumplir con una serie de requisitos, como ser comunes a todos los puestos analizados o, al menos, a gran parte de ellos; permitir la variabilidad en su análisis por tener más peso en unos puestos que en otros; identificar las diferencias más relevantes entre los distintos puestos de trabajo y la posibilidad de ser graduados en diferentes niveles según su importancia en el puesto¹⁰⁴.

Como puede verse, este tipo de sistema de valoración de puestos de trabajo encaja en la definición que el art. 28 TRET realiza para determinar si un trabajo es de “igual valor” pues, como señala el citado artículo, deben tenerse en cuenta “*la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrictamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes*”, y estos son diferentes factores que se analizan y valoran, tal como se detalla a continuación, en los sistemas de valoración de puestos de trabajo cuantitativos. Por ello, y tal como señalan PEREDA MARÍN y BERROCAL BERROCAL, este tipo de sistema “*favorece el establecimiento posterior de los salarios*”¹⁰⁵.

¹⁰⁰ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., p. 19. Destacan, entre los métodos cuantitativos, el Método de Comparación de Factores (recomendado por diversos organismos nacionales e internacionales), el Método de Puntuación, el Método de los Componentes de Trabajo o el Sistema HAY.

¹⁰¹ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., p. 37. Para saber más sobre este tipo de sistemas de evaluación de puestos de trabajo, véase FERNÁNDEZ-RÍOS, M.: *Análisis y descripción de puestos...*, op. cit., pp. 223 y ss.

¹⁰² PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo*, op. cit., pp. 38 y 39.

¹⁰³ A este respecto, BERROCAL BERROCAL señala que, aunque estos factores “*pueden ser apropiados en muchos entornos y a su vez pueden ser el paraguas de subfactores más específicos, no deben adoptarse de forma automática, al deber poderse adaptar a los objetivos, la cultura y los valores de la organización, por lo que podría ser necesario incluir nuevos factores como, por ejemplo, las exigencias emocionales*” u otros que reflejen las competencias exigidas por la tarea y puesto de trabajo. En BERROCAL BERROCAL, F.: *Ánalisis comparativo...*, op. cit., p. 116.

¹⁰⁴ *Ibidem...*, pp. 108 y 109.

¹⁰⁵ PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo...*, op. cit., p. 37.

2.1. Aptitudes

Las aptitudes hacen referencia a la capacidad de las personas para desempeñar de forma adecuada una actividad específica o un conjunto de tareas que conforman el puesto de trabajo. Entre las aptitudes que deben tenerse en cuenta en la valoración de puestos de trabajo están las exigencias mentales de las tareas realizadas, la formación académica, la iniciativa, la experiencia profesional, el tiempo requerido de adaptación al puesto, las habilidades sociales necesarias, la dificultad del trabajo, la aptitud para tomar decisiones, la versatilidad o la creatividad¹⁰⁶.

2.2. Esfuerzo

Habitualmente se entiende por esfuerzo en el ámbito laboral a aquellas actividades físicas que son necesarias para desempeñar las funciones intrínsecas al puesto de trabajo, como pueden ser levantar y soportar cargas, realizar movimientos repetitivos, mantener una postura durante un tiempo determinado, etc. Sin embargo, a la hora de establecer un sistema de valoración de puestos de trabajo neutro con relación al género, debemos tener en cuenta que el factor “esfuerzo” debe incluir, no solo el esfuerzo y la exigencia física del puesto de trabajo o la fatiga física, sino también la fatiga y el esfuerzo mentales derivado del mismo. Igualmente, deberá tenerse en cuenta la carga de trabajo (tanto cuantitativa como cualitativa), la necesidad de concentración, la monotonía, el esfuerzo visual o el esfuerzo muscular entre otras¹⁰⁷.

2.3. Responsabilidad

Al hablar de responsabilidad en el puesto de trabajo debe ser referida, no solo al nivel de compromiso que el trabajador asuma respecto a la empresa, sino a la responsabilidad que el trabajador tiene dentro de las funciones que desarrolla en su puesto de trabajo. Además, deberá tenerse en cuenta si el trabajador es responsable de la seguridad de terceras personas, de los materiales, equipos y productos utilizados, o incluso de la economía de la empresa. También debe analizarse el coste de sus errores tanto para la empresa como para el propio trabajador, si precisa supervisión (y en caso afirmativo, si constante o esporádica), o la responsabilidad que éste tiene sobre la calidad del servicio prestado. Otro aspecto a tener en cuenta a la hora de valorar el nivel de responsabilidad que exige un puesto de trabajo es el manejo de datos confidenciales de la empresa o de terceras personas, así como el hecho de que el puesto suponga ser responsable de la gestión de las relaciones personales de un grupo de trabajadores y trabajadoras de la empresa¹⁰⁸.

¹⁰⁶ *Ibidem...*, pp. 38 y 39.

¹⁰⁷ En este sentido, *ibidem...*, pp. 38 y 39.

¹⁰⁸ *Ibidem...*, pp. 38 y 39.

2.4. Condiciones de trabajo

Por último, se deben analizar las condiciones de trabajo relativas al puesto a valorar. Al hablar de condiciones de trabajo se hace referencia al ruido, humedad, temperatura, riesgos personales en el puesto de trabajo, monotonía, viajes, ambiente de trabajo en general, vibraciones, horario, permisos o la posibilidad de contraer enfermedades profesionales. Es decir, se considerará incluido en este grupo de análisis a cualquier aspecto del trabajo que pueda tener consecuencias negativas para la salud de las personas trabajadoras, incluyendo tanto los aspectos ambientales como los tecnológicos y las cuestiones relativas a la organización y la ordenación del trabajo. También serán tenidos en cuenta si pueden tener consecuencias positivas, pues su nivel de influencia en el trabajo deberá ser tenido en cuenta en el proceso de valoración¹⁰⁹.

V. Conclusiones

Es indudable que, en las últimas décadas, se ha avanzado en la igualdad entre hombres y mujeres a través de la promulgación de diversa normativa, tanto a nivel europeo como en el ámbito nacional. Sin embargo, todavía se está lejos de conseguir una igualdad real, completa y efectiva entre hombres y mujeres en materia salarial, tal como muestran los datos más recientes de Eurostat o del Instituto de la Mujer, entre otros organismos.

Con relación al principio de igualdad retributiva entre hombres y mujeres debe señalarse que, en numerosas ocasiones, se da de manera indirecta. A ello contribuyen cuestiones de importante calado social, como la tradicional disgregación sexual en los puestos de trabajo y categorías profesionales previstas en los convenios colectivos o la valoración superior que se otorga a aquellos trabajos cuyo contenido reviste de características propiamente masculinas, olvidando cuestiones como la carga mental en el trabajo. Ante esta problemática, tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como los Tribunales españoles y, de manera especial, el Tribunal Constitucional, han sido claros. Cuando la diferencia salarial esté justificada en la propia asignación salarial a las categorías convencionales no será suficiente con que las tareas realizadas se muestren como diferentes, sino que será preciso valorar los criterios utilizados para asignar las categorías al personal, con objeto de determinar si estos resultan discriminatorios. Además, y en todo caso, será necesario ir más allá, y demostrar que en las diferentes categorías no se realizan trabajos que puedan ser considerados como similares o de igual valor. De ello se concluye que la corrección formal de las diferencias salariales derivada de la clasificación profesional en el convenio colectivo no basta para justificar la inexistencia de discriminación, siendo lo relevante, en todo momento, el contenido esencial y el valor del trabajo realizado.

Con relación a lo anterior, es determinante la importancia de aplicar, de manera correcta, el contenido del art. 28 TRET, especialmente en lo referido a la valoración de ciertas

¹⁰⁹ *Ibidem...*, pp. 38 y 39

tos factores, como la formación, las condiciones laborales, la experiencia requerida o la responsabilidad vinculada al puesto de trabajo. En todo caso, los criterios de valoración siempre deberán ser neutros, entendiendo por tales aquellos en que los trabajadores de cada sexo puedan presentar aptitudes, sin beneficiar a uno u otro sexo por ser cualidades feminizadas o masculinizadas.

Por todo ello, los sistemas de valoración de puestos de trabajo cuantitativos se muestran como una herramienta de gran utilidad para luchar contra la desigualdad salarial, por una parte, asegurando al mismo tiempo el cumplimiento del contenido del art. 28 TRET con relación a lo que debe ser considerado como trabajo de igual valor dentro de la empresa.

VI. Bibliografía

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo.

Código práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribuciones entre mujeres y hombres para un trabajo de igual valor, EMAKUNDE, Bilbao, 1997.

Guía y recomendaciones de uso de la herramienta sistema de valoración de puestos de trabajo en las empresas con perspectiva de género, Instituto de la Mujer.

Plan de Acción de la UE 2017-2019. Abordar la brecha salarial entre hombres y mujeres, 2017.

Promoción de la igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos: Guía detallada, OIT, Ginebra, 2008.

Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género, Instituto de la Mujer, Madrid, 2015.

Recomendación General número 13 de la CEDAW sobre igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.

Valoración de puestos de trabajo, salarios e incentivos, Comisión Nacional de Productividad Industrial, Madrid, 1963.

BALLESTER PASTOR, M.A.: "Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral de la Seguridad Social", en *Revista Doctrinal Aranzadi*, 1998.

BALLESTER PASTOR, M.A.: *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994.

BALLESTER PASTOR, M.A.: "La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea", en *Documentación Laboral*, nº 115, 2018, Vol. III, Cinca, Madrid, 2018, pp. 13-31.

BERROCAL BERROCAL, F.: *Análisis comparativo de tres métodos de valoración de puestos de trabajo*, Universidad Complutense de Madrid, 2016.

BOLL, C. y LAGERMAN, A.: *Gender pay gap in EU countries based on SES*, Comisión Europea, Fondazione Giacomo Brodolini, Roma, 2018.BALLESTER PASTOR, M.A.: "La discriminación retributiva por razón de sexo en la Unión Europea", en *Documentación Laboral*, nº 115, 2018, Vol. III, Cinca, Madrid, 2018.

- BOLL, C.; LEPPIN, J.; ROSSEN, A. y WOLF, A.: *Magnitude and impact factors of the gender pay gap in EU Countries*, Dirección General de Justicia y Consumidores de la Comisión Europea, 2016.
- CASAS BAAMONDE, M.E.; MENÉNDEZ CALVO, R.; QUINTANILLA NAVARRO, B. y SERRANO GARCÍA, J.M.: *Herramientas para combatir la brecha salarial. Análisis de los factores que influyen en la brecha salarial*, Comisión Ejecutiva Confederal UGT, Madrid, 2015.
- CEPEDA CARRIÓN, G.: "La valoración de puestos en la práctica: un análisis de convenios colectivos", en *La gestión de la diversidad: XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispano-Francés*, Logroño, 1999
- COROMINAS, A.; COVES, A.M.; LUSA, A.; MARTÍNEZ, M.C. y ORTEGA, M.A.: "El papel de la valoración de puestos de trabajo en la discriminación salarial de la mujer", *Encuentro Mujer y Trabajo. Un debate sobre la igualdad*, Santander, 1999.
- COVES, A.M.; LUSA, A.; MARTÍNEZ, C. y ORTEGA, M.A.: "Aplicación de la valoración de puestos de trabajo como herramienta para combatir la discriminación salarial", en *I Workshop de ingeniería de Organización*, Bilbao, 2000.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.: *La mujer ante el Derecho de la Seguridad Social. Antiguos y nuevos problemas de la igualdad de trato por razón de sexo*, La Ley, Madrid, 1999.
- FERNÁNDEZ RIOS, M.: *Análisis y descripción de puestos de trabajo*, Ediciones Díaz de Santos, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ-RÍOS, M. y SÁNCHEZ, J.C.: *Valoración de puestos de trabajo: fundamentos, métodos y ejercicios*, Díaz de Santos, Madrid, 1997.
- GOI SEIN, J.L.: "La reducción de la brecha salarial de género a través de la transparencia y el registro salarial", en RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B. (Dir.); et. al.: *La discriminación de la mujer en el trabajo y las nuevas medidas legales para garantizar la igualdad de trato en el empleo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2020,
- MIRANDA BOTO, J.M.: "Trabajo a tiempo parcial, horas extraordinarias y discriminación por razón de sexo", Revista Doctrinal Aranzadi Social, núm. 21/2007, pp. 1323-1325.
- PEREDA MARÍN, S. y BERROCAL BERROCAL, F.: *Valoración de puestos de trabajo*, Eudema, Madrid, 1993.
- POELS, F.: *Estrategias de valoración y remuneración de puestos de trabajo*, FC Editorial, Madrid, 2001.
- TORRENTE GARI, S.: *La mujer y la protección social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Madrid; 1999; p. 17.

Valoración de puestos de trabajo con perspectiva de género

Gender-neutral job evaluation

M. BEGOÑA GARCÍA GIL *

Profesora de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad Rey Juan Carlos. Madrid

ORCID ID: 0000-0003-1282-9687

Recibido: 19/03/2021

Aceptado: 26/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6136>

Resumen. La desigualdad entre hombres y mujeres en las relaciones laborales y su repercusión materializada en la brecha salarial exige una perspectiva de análisis específica vinculada a la valoración de puestos de trabajo. En este estudio realizamos un estudio del procedimiento que sirve de herramienta garantizadora de la igualdad entre mujeres y hombres relativa a la valoración de puestos de trabajo. En concreto, nos referimos a todos aquellos aspectos que relacionados con factores y subfactores de valoración permiten identificar, corregir y evitar sesgos de género que son causa de discriminación indirecta y que provocan desigualdades retributivas.

Palabras clave: valoración puestos de trabajo; igualdad; género.

Abstract. Nequality between men and women in labour relations and its impact on job evaluation. Specifically, we refer to the aspects related to assessment factors that allow the identification, correction, and avoidance of gender biases. The wage gap produced due to indirect discrimination requires a specific analysis linked to job evaluation. This study addresses the procedure as a tool to ensure gender equality.

Keywords: job evaluation; equality; gender.

1. Valoración de puestos de trabajo y su relación con la igualdad entre mujeres y hombres

La valoración de puestos de trabajo es un sistema de tasación y graduación de puestos de trabajo dentro de una organización empresarial mediante el que se asigna a cada puesto un conjunto de elementos específicos: tareas, esfuerzos o requerimientos necesarios para su desempeño.

* begona.garcia@urjc.es

En relación con la igualdad entre mujeres y hombres la valoración de puestos de trabajo es una herramienta eficaz y eficiente puesto que mide el desempeño del puesto de trabajo desde la neutralidad y la objetividad. De la misma forma sirve para identificar las situaciones de desigualdad entre mujeres y hombres en el ámbito laboral que impacta especialmente en la retribución.

Es obvio, que mujeres y hombres no perciben la misma remuneración por la realización del mismo trabajo o por trabajos distintos, pero de igual valor. Así queda constatado en las cifras y datos que reflejan que la brecha salarial por razón de género es, hoy por hoy, una realidad que aún exige corrección y medidas.

Por situarnos en el estado de la realidad en nuestro país, es importante hacer referencia a las estadísticas que sobre la materia reflejan en los datos la situación general, entre ellos, los que facilita el Instituto Nacional de Estadística (en adelante, INE) en la última encuesta de Estructura Salarial del año 2017 donde se significa que la brecha salarial entre hombres y mujeres se sitúa en torno a un 21,9%.

La Confederación Española de Organizaciones Empresariales (en adelante, CEOE) en el Informe denominado Análisis de la Brecha Salarial de género en España, estableció que las mujeres cobran de media un 12,2% menos que los hombres, si bien se destacó que entre 2002 y 2014 esa brecha se redujo un 28,06%.

La Organización Mundial del Trabajo (en adelante, OIT) publicaba el 2 de diciembre del 2020 su Informe Mundial sobre Salarios 2020-2021: Los salarios y el salario mínimo en tiempos de la COVID-19, en este informe se destaca que no hay datos publicados ni suficientes para calibrar el impacto exacto sobre los salarios en el 2020 pero advierte un hecho evidente: "las mujeres se han visto afectadas de manera desproporcionada de muchas maneras, lo que podría ampliar las brechas de género en el mercado laboral y posiblemente acabar con los avances logrados en los últimos años".

Los sindicatos apoyan esta afirmación, al punto que la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (en adelante, CSIF) considera que la brecha en el 2020 podría haber subido del 22% que registró la Agencia Tributaria en el 2019 al 23% debido a la mayor precariedad laboral.

El INE en la última Encuesta Anual de Estructura Salarial determina que la brecha salarial por ocupaciones en las profesiones aumentó a partir de la Gran Recesión del 2008 pues escaló del 15,17% en ese año a bordear el 18-19% en el periodo 2010-2014 y volver a aplanarse desde entonces hasta situarse en el 15,01% más reciente el año pasado.

Si bien la brecha salarial en profesiones se redujo en el espacio temporal anterior a la pandemia, tenemos que afirmar que tras la misma se ha pronunciado. Al punto que en las actividades profesionales, científicas y técnicas fue del 30,70%, medio punto porcentual menos que el dato previo, y en las actividades sanitarias y sociales fue el 28,02% más de un punto porcentual inferior que el año anterior. Un dato significativo e indiscutible es que la brecha es mayor en puestos de mayor responsabilidad.

Tanto en el ámbito comunitario como nacional se han determinado normativamente aspectos significativos que de modo breve podemos señalar.

En este sentido la Comisión Europea, en su Recomendación de 7 de marzo de 2014¹ sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia instó a los Estados miembros de la UE a promover el desarrollo y uso de sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas en su calidad de empleadores, y además propuso como instrumento eficaz una movilización que anime a las empresas e interlocutores sociales a introducir dichos sistemas de evaluación y clasificación de empleos no sexistas. La Comisión Europea recomendó basarse² en el documento de trabajo de los servicios de la Comisión, que acompañaba al informe sobre la aplicación de la Directiva 2006/54/CE³ consideraba los métodos de evaluación analíticos (cuantitativos) como los más apropiados para realizar una valoración de puestos desde el punto de vista de la igualdad de género, permitiendo establecer uno de los componentes más importantes del principio de igualdad salarial⁴ denominado “trabajo de igual valor”.

En el plano interno, en esta misma línea el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades, en el marco del Plan Estratégico de Igualdad de Oportunidades 2014-2016, y en concreto, del Plan Especial para la Igualdad de Mujeres y Hombres en el ámbito laboral y contra la Discriminación Salarial 2014-2016, puso a disposición de las empresas, en febrero de 2015, una Herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género⁵. el ordenamiento laboral se refiere al valor del trabajo en los arts. 22 apartados 2 y 3 y en el art. 28 ET con dos efectos.

Por un lado, la determinación de los factores determinantes del grupo profesional que lógicamente marcan la valoración del puesto de trabajo: la agrupación de puestos en función de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajador.

Por otro lado, la garantía de la igualdad retributiva entre sexos, definiendo los grupos profesionales ajustados a criterios y sistemas que tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres en la misma línea y referida a los mismos factores: naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, así como a las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para los puestos de trabajo en relación con el desempeño y las condiciones laborales.

La situación actual puede considerarse en progreso, parece que se ha dado un paso importante en los últimos tiempos sobre esta materia, aunque todavía tiene que materializarse.

¹ (2014/124/UE) Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2014/069/L00112-00116.pdf>

² http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/gender_pay_gap/swd-2013-_512-final_en.pdf

³ 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 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>.

⁴ Pons Parera E.: El reconocimiento del derecho a la igualdad retributiva por los ordenamientos internacional, europeo y estatal, en Un futuro sin brecha, Bomarzo 2015. págs.. 24 y ss. y Marie-Thérèse Chicha; Oficina Internacional del Trabajo - Ginebra: OIT, 2008, Disponible: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2008/108B09_271_span.pdf

⁵ 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 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:0036:es:PDF>

El desarrollo reglamentario 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 (en adelante RDL 6/2019) introdujo, una nueva redacción del art. 28 ET, limitando los factores operantes en materia de valoración de puestos de trabajo a cuatro: condiciones educativas y profesionales, desempeño y condiciones laborales. Con el propósito necesario de establecer los límites y diseño del trabajo de igual valor. Es decir, trabajo en el que coinciden las funciones o tareas o contenido de la actividad desempeñada por el trabajador que tiene que establecerse en la ley o en el convenio colectivo. En puestos esencialmente iguales con funciones o tareas idénticas la discriminación por género no es posible.

De la misma forma y desde una perspectiva aún más sencilla, las condiciones educativas establecen niveles predelimitados normativamente⁶ relacionados conforme al art. 28 ET que debe guardar relación con el desarrollo de la actividad siempre que el empresario precise que el trabajador/a tenga un nivel educativo para el desempeño de sus funciones laborales. En este aspecto debe aplicarse especial cuidado ya que las titulaciones universitarias o de formación profesional pueden establecer diferencias salariales vinculadas con actividades tradicionalmente feminizadas o masculinizadas.

Las condiciones profesionales y de formación, según el RDL 6/2019, sirven para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad. Esto engloba tanto la experiencia o conocimientos adquiridos por la práctica a lo largo de la carrera de la profesional del trabajador/a y el aprendizaje al margen del sistema reglado.

Para la valoración de aspectos como la responsabilidad o las condiciones laborales es necesario introducir un proceso neutro de valoración de puestos de trabajo, de lo contrario como la norma no establece un sistema específico puede suponer discriminación de género.

Adelantándonos a nuestro análisis, por ejemplo, podemos observar que el TJUE, respecto de la experiencia, ha dejado claro que en supuesto de utilizar el criterio de la antigüedad como factor que contribuye a la fijación de las retribuciones redunde en disparidades de retribución, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor, entre los trabajadores y las trabajadoras debe interpretarse en el sentido de que es un factor o criterio idóneo para alcanzar la finalidad legítima de recompensar la experiencia adquirida que coloca al trabajador en condiciones de cumplir mejor sus tareas. Téngase en cuenta que el empresario no está obligado a justificar de un modo especial que la utilización de dicho criterio sea idónea para alcanzar la citada finalidad en lo que atañe a un puesto de trabajo determinado, a no ser que el trabajador facilite datos que puedan hacer nacer dudas fundadas a este respecto. Cuando para la fijación de la retribución se utilice un sistema de clasificación profesional fundado en una evaluación del trabajo que debe realizarse, no es necesario acreditar que un trabajador considerado individualmente haya adquirido,

⁶ Clasificación Nacional de Educación (CNED-2014), basada a su vez en la Clasificación Internacional Normalizada de Educación de la UNESCO (CINE-2011 o ISCED-2011, en su denominación anglosajona), clasificación oficial (la CNED-F).

durante el período pertinente, una experiencia que le haya permitido desempeñar mejor su trabajo⁷.

En cuanto a las condiciones laborales directamente relacionadas con el desempeño, la norma tampoco establece definición ni factores relevantes que indiquen cómo valorar el desempeño del puesto de trabajo.

Por ello de nuevo, el uso del sistema de valoración de puestos resulta una herramienta imprescindible para delimitar qué factores son relevantes para el desempeño de cada actividad. Partiendo de los criterios de “adecuación, totalidad y objetividad”, ni es preciso que se tomen necesariamente en consideración los indicados en la norma, ni se impide que se preste atención a otros que puedan resultar adecuados.

El RDL 6/2019⁸ introdujo que para el uso de la valoración de los puestos de trabajo se tengan en cuenta obligatoriamente tres criterios imprescindibles para determinar que estamos ante trabajos de igual valor independientemente del género de la persona trabajadora: “Un trabajo tendrá igual valor que otro cuando la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, las condiciones educativas, profesionales o de formación exigidas para su ejercicio, los factores estrechamente relacionados con su desempeño y las condiciones laborales en las que dichas actividades se llevan a cabo en realidad sean equivalentes”.

Dicho de otra forma, el estatuto fija el margen de análisis de los puestos de trabajo centrando la valoración en los denominados factores relevantes relacionados con la actividad. Entre los que se encuentra la equivalencia de condiciones o circunstancias entre trabajos de igual valor tomando en consideración las circunstancias de las personas trabajadoras de uno y otro sexo, de tal forma que cuando concurren de forma desequilibrada en favor de un sexo no deben tenerse en cuenta puesto que el efecto, en caso contrario, provocaría desigualdades salariales.

En la misma medida parece que el registro salarial⁹ y la auditoría salarial¹⁰, son dos instrumentos que nos permitirán acercarnos a la realidad de cada empresa. Ambos aprobados por Real Decreto en marzo de 2019 y desarrollados en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres¹¹ y que entrará en vigor el próximo 14 de abril de 2021. Reglamento de Igualdad Retributiva, aprobado el 13 octubre de 2020 en Consejo de Ministros, fruto del Diálogo Social de gobierno, organizaciones sindicales y empresariales. Este Reglamento, contiene el desarrollo de cómo llevar a cabo las dos herramientas. Establecimiento de un plan de actuación para la corrección de las desigualdades retributivas: con determinación de objetivos, actuaciones concretas, cronograma y persona o personas responsables de su implantación y seguimiento. El plan

⁷ STJUE 2006\280 3 octubre 2006.

⁸ DE JESÚS SILVANO, S.M.: Los planes de igualdad en las empresas tras su reciente desarrollo reglamentario, Diario La Ley, núm. 9746, 2020.

⁹ MARTÍNEZ BOTELLO, P.: EL Registro Retributivo: Una herramienta para paliar la brecha salarial entre mujeres y hombres, Revista Aranzadi Doctrinal, ISSN 1889-4380, núm. 3, 2021.

¹⁰ FERNÁNDEZ NIETO, L.A.: El registro obligatorio de salarios y las auditorías salariales como medidas disuasorias de la discriminación retributiva, Diario la Ley, núm. 9765, 2021.

¹¹ ALONSO ARANDA, M.: La igualdad retributiva entre mujeres y hombres (Análisis normativo del RD 902/2020, de 13 octubre), BIB 2020\36626c y Callau Dalmau, P.; La aplicación del principio de igualdad de retribución contemplado en el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre. Referentes supranacionales y alcance normativo, Revista del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, núm. 58, 2021.

de actuación deberá contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos.

De manera paralela debe referirse esta cuestión en nuestro ordenamiento a la circunstancia de que el 14 de enero de este año ha entrado en vigor el Reglamento de Planes de Igualdad, aprobado también el 13 de octubre pasado en Consejo de ministros y también fruto del Diálogo Social tripartito. A partir de marzo de 2021 las empresas con más de 100 trabajadores y trabajadoras estarán obligadas a negociar un Plan de Igualdad, como se estableció en el Real Decreto de marzo de 2019, y posteriormente en el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad¹² y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010.

El Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres con entrada en vigor 14 de abril de 2021, desarrolla reglamentariamente el artículo 28 del ET. Las principales novedades relativas a la correcta valoración de los puestos de trabajo se establecen en el art. 9 del texto que de acuerdo con lo previsto en el artículo 22.3 del ET, con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor. Las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor en los términos establecidos en el art. 4.

Se incorpora una lista abierta de los factores o condiciones considerados relevantes: la penosidad y dificultad, las posturas forzadas, los movimientos repetitivos, la destreza, la minuciosidad, el aislamiento, la responsabilidad tanto económica como relacionada con el bienestar de las personas, la polivalencia o definición extensa de obligaciones, las habilidades sociales, las habilidades de cuidado y atención a las personas, la capacidad de resolución de conflictos o la capacidad de organización, y los criterios a seguir, y sus implicaciones, para llevarla a cabo que son: adecuación, totalidad y objetividad.

Entendiendo por adecuación la acción que implica que los factores relevantes en la valoración deben ser aquellos relacionados con la actividad y que efectivamente concurren en la misma, incluyendo la formación necesaria.

Por totalidad el ejercicio de constatar si concurre igual valor, deben tenerse en cuenta todas las condiciones que singularizan el puesto del trabajo, sin que ninguna se invisibilice o se infravalore.

Y, por objetividad o neutralidad la utilización de mecanismos claros que identifiquen los factores que se han tenido en cuenta en la fijación de una determinada retribución y que no dependan de factores o valoraciones sociales que reflejen estereotipos de género.

A estos efectos, se prevé (disp. final 1^a) la aprobación de una orden ministerial que apruebe un procedimiento de valoración de los puestos de trabajo, para lo cual se concede

¹² Véase: ARAGÓN GÓMEZ, C. y NIETO ROJAS, P.: *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021.

un plazo de seis meses. Estos seis meses se computan desde la entrada en vigor del reglamento, por lo que como ya hemos indicado, vencerán el 14 de octubre de 2021, dos años y siete meses después de que entrara en vigor la exigencia de aplicar estos criterios en la valoración de puestos.

Todos estos cambios legislativos impulsan la puesta en marcha de las dos herramientas, registro y auditorías salariales que junto con la revisión de los sistemas de valoración de puestos de trabajo, deberán ser integradas en todos los Convenios Colectivos.

No obstante, recordemos que en breve se aprobará, bajo el compromiso de la presidenta de la Comisión Europea, Úrsula Von Der Leyen, la Directiva de Transparencia Salarial¹³, con carácter vinculante. Vital para avanzar en la igualdad retributiva entre mujeres y hombres porque prevé sanciones disuasorias en caso de incumplimiento de la norma. Respecto a su contenido de la Directiva el CES ha considerado recientemente la necesidad de que la directiva comprenda en su contenido aspectos significativos. Entre estos destacamos: prohibir las cláusulas de secreto salarial en los contratos, de modo que los trabajadores puedan discutir acerca de los salarios; que se haga pública la evaluación de los puestos de trabajo y así establecer la igualdad salarial por un trabajo de igual valor; obligar a los empresarios a que realicen auditorías para informar sobre los salarios, así como planes de acción anuales sobre igualdad salarial y apoyar a los sindicatos para que negocien con los empresarios la eliminación de la brecha salarial.

Por último, y antes de centrar nuestro estudio en el análisis de la valoración de puestos de trabajo, parece necesario destacar que las diferencias retributivas entre hombres y mujeres son una realidad y que la valoración de puestos de trabajo puede contribuir a reducir por la relación que existe entre ambas fundamentalmente por la infravaloración que implica en el colectivo de mujeres trabajadoras.

Los datos más recientes desvelan que una de cada cinco mujeres con empleo solo va a percibir como máximo el salario mínimo interprofesional. Pero aún es mayor el porcentaje de mujeres en relación a los hombres que solo cobran al mes como máximo 735,90 euros brutos, el 69,57 % de los 2.291.123 de personas asalariadas que cobran ese salario al mes. Del 1.593.935 de mujeres que cobran solamente el SMI, el 95,18 % desempeñan una jornada a tiempo completo¹⁴.

La brecha salarial es evidente, de hecho, la ganancia media anual de las mujeres en 2018, (21.011,89 euros) a 5.726,30 euros de distancia de la ganancia media anual de los hombres en 2018, (26.738,19 euros), una brecha del 21,41 %. La última brecha salarial que hemos conocido se sitúa en el 21,41 %, la más baja de los últimos once años corresponde a los últimos datos disponibles, de 2018, publicada en julio de 2020 por el INE. A pesar de ese descenso las mujeres cobran de media al año, 5.726,30 euros menos que

¹³ Propuesta de Directiva por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor a través de

medidas de transparencia retributiva y de mecanismos para su efectivo cumplimiento, Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0093&qid=1615286798241&from=ES>

¹⁴ Fuente: Informe Discriminación Salarial 2021, UGT, Disponible en: https://www.ugt.es/Publicaciones/analisis_de_medidas_y_planes_de_igualdad_en_la_

los hombres. Mientras que el salario medio de las mujeres en 2018 alcanzó la cifra de 21.011,89 euros, por el contrario el de los hombres se situó en 26.738,19 euros al año.

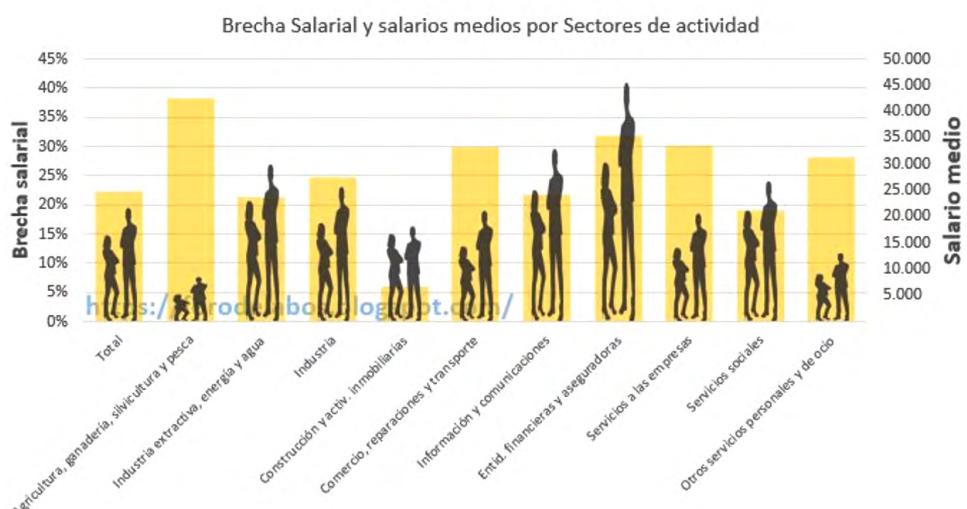
El ritmo al que se corrige la brecha salarial ni es constante ni es significativo, podríamos decir que, si el descenso de medio punto en la brecha salarial en 2018, respecto a 2017 se mantuviera constante en el tiempo se necesitarían 43 años para que la brecha salarial entre sexos desapareciera en España, cuestión aún más prorrogada por la crisis que estamos viviendo.

En 2020, consecuencia de la pandemia los salarios de las mujeres se han visto reducidos en un 14,9 % en el primer semestre del año, frente al 11,3 % que han perdido los hombres. En términos generales, mientras que las mujeres cobran 35 euros más que los hombres en la horquilla que oscila entre 20.605-25.757 euros anuales, reciben casi 31.000 euros menos cuando las retribuciones escalan por encima de los 103.000 euros al año¹⁵.

Algunos informes destacan la importancia y repercusión de esta brecha tanto por el coste social y económico directo como por la importancia respecto a la productividad, de hecho, si el salario de la mujer se igualase a la del hombre, la producción aumentaría y se crearían 2,3 millones de trabajo cuestión destacada en el informe de ClosinGap¹⁶.

Esta situación provoca que las mujeres, a pesar de representar el 51,4% de la población en edad de trabajar, solamente contribuyan a un 41,5% del PIB. Esto se entiende principalmente porque las mujeres cobran al año un 21,9% menos con una diferencia negativa de 5.784€. Solo un 8% de los cargos de presidencia y un 9% de alta dirección están ocupados por mujeres. Las mujeres trabajan 5,3 M de horas menos al año que los hombres y dedican 2.46 horas más al día al hogar y a la familia.

Puede observarse en esta tabla las diferencias retributivas entre hombres y mujeres por sectores de actividad, en algunos sectores la diferencia es significativa¹⁷:



Fuente: Ministerio de Trabajo.

¹⁵ CAMACHO M.: Todo lo que quieras saber sobre la brecha salarial de género en España en 2021, Disponible en: <https://factorialhr.es/blog/brecha-salarial-genero/#7>.

¹⁶ Fuente: <https://closingap.com/actividad/indice-cg/>

¹⁷ GIMENO DIAZ DE ATAURI, P.: La valoración de puestos en el reglamento de igualdad retributiva: una nueva huida hacia delante, Disponible en: <https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/la-valoracion-de-puestos-en-el.html>

Ponemos, por tanto, en valor la utilidad como herramienta de la valoración de puestos de trabajo ya que permite realizar un análisis comparativo de los salarios de hombres y mujeres en una organización y, en el caso de que existan diferencias, ayudar a identificar su origen. Para dicho propósito se acompaña de un documento de “Recomendaciones para actuar frente a la brecha salarial de género en una organización”¹⁸, detallando el Sistema de Valoración de Puestos de Trabajo (en adelante SVPT) que proporcione un valor a cada puesto, y permita asignarle una retribución acorde a dicho valor.

En concreto, como herramienta de autodiagnóstico de brecha salarial de género: “Sistema de valoración de puestos de trabajo en las empresas con perspectiva de género” que ofrece a las empresas la posibilidad de diseñar su propio SVPT incorporando la perspectiva de género, y utilizarlo para valorar sus puestos de trabajo, determinar un sistema de retribución y compararlo con la realidad de su organización.

2. Valoración de puestos de trabajo: concepto y clasificación

2.1. Concepto

Entendemos por valoración del puesto de trabajo aquella actividad consistente en determinar el valor de un puesto dentro de una organización empresarial, en relación con los demás puestos de la misma. Es decir, es una forma de ponderar la importancia relativa de un puesto dentro de la organización empresarial y, así, determinar su remuneración económica.

Se desarrolla mediante el análisis y ponderación cuyo objetivo es determinar con precisión el valor relativo de las diferentes funciones de un puesto de trabajo, con el objetivo de establecer una clasificación justa del conjunto de funciones desempeñadas que, además, pueda tomarse como base para la fijación de salarios adecuados.

La determinación del salario y a la adecuación al puesto de trabajo es una tarea imprescindible que debe desarrollarse respetando el principio de igualdad, en este sentido, los salarios no deben ser fijados aleatoriamente.

Mediante la valoración de los puestos de trabajo se puede dimensionar el alcance y las implicaciones de un puesto de trabajo en concreto, ponderarlo en relación a otros puestos de la empresa y, a partir de ahí, asignar un valor, facilitando así detectar cualquier tipo de discriminación indirecta que pudiera darse.

Este procedimiento permite determinar el valor de los puestos de trabajo en una empresa y ponerlos en relación con los requerimientos personales necesarios para su desempeño, como el alcance y las condiciones en las que se desarrollan, con independencia de las personas que ocupen el puesto de trabajo. Se sitúa cada puesto en una escala ordenada que obedece a un número limitado de valores determinados, niveles y categorías que se agrupan

¹⁸ Disponible en: http://www.igualdadenlaempresa.es/HerramientaBrecha/Recomendaciones_frente_a_Brecha_Salarial_Genero_16.2.15.pdf

en los denominados grupos profesionales. No olvidemos que la evaluación por desempeño se relaciona normalmente con la configuración del salario variable, y éste, como instrumento, en ocasiones, para la retención del talento. Si se aplica únicamente para algunos puestos, en la mayoría de los casos, puestos masculinizados, puede producir discriminación de género. Por ello, la aplicación a todos los puestos de la organización implica una igual valoración por el desempeño de todos sus profesionales independientemente de su género.

Evidentemente, la valoración sirve y tiene como fin asignar los niveles retributivos agrupando puestos de valor similar y estableciendo intervalos que limitan los grupos o niveles salariales que se detallan posteriormente en los convenios colectivos puesto que es objeto de su regulación.

La definición de la valoración de puestos de trabajo debe ser adecuada y basada en criterios realistas y generales aplicables a todos los puestos para que la valoración sirva para corregir o evitar discriminaciones.

Por esto, es necesario que los procedimientos de valoración sean neutros, esto significa establecer parámetros objetivos de valoración absoluta. Estos parámetros son los que nos permiten afirmar que se trata de una herramienta adecuada y eficaz para el control de la discriminación y la corrección de malas prácticas en la materia.

Para que un sistema de valoración de puestos de trabajo sea neutro y objetivo, por ello, garantice la igualdad se debe realizar cumpliendo unos parámetros básicos que a continuación haremos referencia.

Es esencial que antes de la valoración se establezcan las fases del proceso que sustancialmente son las siguientes: determinación de los puestos de trabajo que componen la organización, es decir, la estructura empresarial, descripción de los mismos, evaluación y clasificación, así como los objetivos.

Por un lado, nos referimos a los aspectos de planificación del procedimiento. En concreto, la valoración parte de un listado de puestos y jerarquización que queda sujeta a cada empresa u organización. Tienen que establecerse los puestos de referencia. Definir de forma clara los factores de tal forma que se escalen y puntúen dichos factores. Una parte esencial es el establecimiento de la forma de evaluación de los factores en función de las cualidades de los trabajadores.

Por otro lado, es necesario determinar un lenguaje adecuado, así como garantizar que dos trabajadores distintos deben obtener el mismo resultado o equivalente.

Finalmente, en la conclusión del procedimiento de valoración se significan los resultados de forma transparente indicando puesto y puntos obtenidos.

El desarrollo del proceso bajo el cumplimiento de estos parámetros garantiza la neutralidad y objetividad, con este fin, se consigue no discriminar con relación a los géneros. A los efectos de la eficacia de la valoración debemos tener en cuenta que si este proceso no es neutro, puede desarrollarse una clara discriminación indirecta, ya que los descriptores de valoración son fundamental y tradicionalmente masculinos. La garantía de la igualdad se materializa mediante la ejecución de dos ejes fundamentales.

En primer lugar, en cuanto al proceso se debe aplicar la valoración a todos los puestos, deben incluirse puestos en los mayoritariamente están ocupados por mujeres, se de-

ben utilizar factores referidos a características tanto femeninas como masculinas y no se debe favorecer con ellas a ningún grupo.

En segundo lugar, en lo referido a los recursos humanos, deben participar evaluadores de los dos性os con conocimientos específicos en igualdad y desarrollo de valoraciones.

Es una realidad que se han venido utilizando elementos tradicionalmente masculinos de carácter no neutro para valorar los puestos de trabajo, factores como fuerza, esfuerzo físico, etc. O bien aspectos relacionados con sociedades machistas como la disponibilidad horaria, entendiendo que es un factor generalizado en los hombres y, por el contrario, no tanto en las mujeres debido a la asunción de cargas familiares.

De la misma forma que en aspectos tan significativos como: la estructura salarial y la cuantía retributiva. Esta cuestión ha sido objeto de análisis por la doctrina científica identificando la determinación de esas cláusulas en los convenios colectivos¹⁹ y poniendo de relieve la necesidad de corrección. De hecho, algunos autores, atribuyen a este elemento el fracaso de la igualdad, en concreto: “a la definición de criterios de valoración del trabajo o, incluso, la integración de los diferenciales de sexo y género –técticamente conocido– en los reglamentos técnicos de prevención de riesgos laborales”²⁰.

Todo ello, desde la perspectiva de los beneficios que aporta al sistema de relaciones laborales. Fundamentalmente porque facilita la valoración de riesgos laborales ajustada a la realidad de cada puesto, favorece y mejora la gestión de recursos humanos y el aprovechamiento del talento, permite el diseño de una clasificación profesional más flexible y adaptada a la realidad y las necesidades de la empresa, frente a un sistema de clasificación profesional rígido e inflexible que impide la adaptación al mercado de trabajo y, como no, visibiliza situaciones de discriminación y permite su corrección.

La valoración de puestos de trabajo se realiza en base al concepto básico de trabajos de igual valor que se fundamenta en un principio básico: el principio de igualdad de retribución que se refiere no sólo a eliminar toda discriminación retributiva por razón de sexo para un mismo trabajo sino para un trabajo al que se atribuye un mismo valor; es decir, deben superarse las desigualdades retributivas no sólo en los trabajos iguales sino también en trabajos diferentes siempre que éstos tengan el mismo valor.

De forma breve señalar, que este principio ya ha sido delimitado por la jurisprudencia comunitaria que ha delimitado las nociones de “igualdad de retribución para el mismo trabajo” o de “igualdad de retribución para un trabajo de igual valor”. Para su interpretación es relevante referirse al caso Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse donde el TJUE señala, respecto de la expresión “mismo trabajo” que el desempeño de una misma actividad por personas con diferentes cualificaciones profesionales exige constatar si dichos trabajadores efectúan el mismo trabajo, sobre la base de una comparación de criterios objetivos tales como los elementos relativos a la naturaleza de las tareas que pueden encomendarse a cada uno de dichos grupos de trabajadores, los requisitos de

¹⁹ PONS PEREA, E.: La legislación y la negociación colectiva como garantías generales de la igualdad retributiva, en el Futuro sin brecha, Bomarzo, 2015, págs. 40 a 46.

²⁰ GARRIGUES GIMÉNEZ, A.: “Las nuevas relaciones de trabajo: una perspectiva de género”, Revista de Treball, Economia i Societat, núm. 92, Enero 2019.

formación exigidos para su ejercicio y las condiciones laborales en las que dichas tareas se efectúan²¹.

Para poder establecer la categoría de mismo valor de un trabajo la herramienta más precisa es la de la valoración de puestos de trabajo mediante el cual se establece un sistema de clasificación profesional por grupos y puestos de trabajo determinando retribuciones específicas.

Los sistemas de clasificación o de evaluación profesional para determinar salarios, deben basarse en criterios no discriminatorios; esto es, deben tener en cuenta aptitudes comunes a ambos sexos. Como establece el párrafo segundo del art. 1 de la Directiva 75/117/CEE al indicar que “cuando un Estado miembro utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, estos sistemas deben basarse en criterios iguales para hombres y para mujeres y deben ser diseñados de tal forma que eliminan toda diferencia basada en el sexo”. Si bien es cierto que carácter facultativo de los sistemas de clasificación determina que en su ausencia sea el juez nacional el que debe realizar la valoración de los trabajos.

De esta manera, en el caso de la Comisión contra Reino Unido el Tribunal de Justicia estableció que en el Derecho Comunitario no existe la obligación de establecer sistemas de evaluación de los puestos de trabajo, ahora bien, los Estados miembros sí tienen la obligación de asegurar la aplicación del derecho a una remuneración igual por trabajo de igual valor, incluso en ausencia de sistemas de clasificación profesional, siendo el juez nacional competente el que decida sobre la equivalencia de valores entre dos puestos de trabajo. Por ello los Estados miembros tienen que designar la autoridad competente en la materia que pueda establecer y decidir oportunamente si un trabajo tiene el mismo valor que otro²² como la competencia otorgada a los órganos jurisdiccionales nacionales²³.

Recordemos que la propia Comisión Europea ha aportado su definición del principio de igualdad retributiva: “el concepto de igualdad de retribución para un trabajo de igual valor significa que si una mujer desempeña un trabajo que exige el mismo esfuerzo que el de un hombre, aunque el trabajo sea diferente, deberá recibir el mismo salario y las mismas prestaciones a no ser que la diferencia se explique por motivos no discriminatorios”. Elementos que, conforme al artículo 28.1 del ET, configuran el principio de igual retribución por trabajos de igual valor y que, como se sabe, vincula a todas las empresas, independientemente del número de personas trabajadoras, y a todos los convenios y acuerdos colectivos. Así, se entenderá que un trabajo tendrá igual valor que otro cuando sean equivalentes.

Esta equivalencia se mide teniendo en cuenta unos elementos determinantes. En primer lugar, la naturaleza de las funciones o tareas efectivamente encomendadas, esto

²¹ STJCE de 11 mayo 1999 [TJCE 1999, 101], Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse, Asunto 309/97, aps. 18 y 23.

²² STJCE de 6 julio 1982, Comisión contra Reino Unido, Asunto 61/81, aps. 8 y 13.

²³ SSTJCE de 31 mayo 1995 [TJCE 1995, 79], Royal Copenhagen, Asunto 400/93, ap. 42; SSTJUE 2004\138 27 mayo 2004, Caso Lakeberg Westfalen; 2002\372, 12 diciembre 2002, Caso Hohorst GmbH Finanzamt Steinfurt; 2000\59 30 marzo 2000, Caso Jämställdhetsombudsmannen Örebro läns landsting; 1999\101 11 mayo 1999, Caso Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse Wiener Gebietskrankenkasse.; 1999\21 9 febrero 1999, Caso Regina Secretary of State for Employment; 1998\142 17 junio 1998, Caso Kathleen Hill y otros The Revenue Commissioners y otros,

es, cuando sea equivalente el contenido esencial de la relación laboral, tanto en atención a lo establecido en la ley o en el convenio colectivo como en atención al contenido efectivo de la actividad desempeñada. En segundo lugar, las condiciones educativas, es decir, las que se correspondan con cualificaciones regladas y guarden relación con el desarrollo de la actividad. En tercer lugar, las condiciones profesionales y de formación, o sea, aquellas que puedan servir para acreditar la cualificación de la persona trabajadora, incluyendo la experiencia o la formación no reglada, siempre que tenga conexión con el desarrollo de la actividad. Y, en cuarto lugar, las condiciones laborales y los factores estrechamente relacionados con el desempeño, entendiéndose por tales aquellos diferentes de los anteriores que sean relevantes en el desempeño de la actividad.

En conclusión, el término igualdad de retribución por razón de sexo significa que a hombres y mujeres les corresponde el mismo salario, siempre que trabajen en los mismos puestos, o incluso en diferentes, cuando tengan el mismo valor, y donde el alcance de la valoración de los puestos de trabajo corresponderá al juez nacional en cada caso concreto. El Tribunal de Justicia ha declarado que para apreciar si unos trabajadores realizan un mismo trabajo o un trabajo al que se puede atribuir un mismo valor debe comprobarse si, habida cuenta de un conjunto de factores²⁴. Entre los que ha determinado: la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación y las condiciones laborales, si este conjunto es aplicable entonces puede considerarse que dichos trabajadores se encuentran en una situación comparable²⁵. Es decir, el alcance de los conceptos de “mismo trabajo”, “mismo puesto de trabajo” y “trabajo de igual valor” a los que se refiere la normativa comunitaria revisten un carácter puramente cualitativo, en cuanto están exclusivamente ligados a la naturaleza del trabajo efectivamente realizado por los interesados²⁶.

En todo caso, en el marco de una discriminación salarial indirecta, incumbe al empleador aportar una justificación objetiva de la diferencia de retribución apreciada entre los trabajadores que se consideran discriminados y las personas de referencia. La justificación ofrecida por el empleador de la diferencia de retribución que pone de manifiesto una apariencia de discriminación por razón de sexo debe guardar relación con las personas de referencia que, debido a que su situación se caracteriza por datos estadísticos válidos referidos a un número suficiente de individuos, que no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y que, de manera general, resultan significativos, han sido tomadas en consideración por el órgano jurisdiccional nacional para apreciar dicha diferencia.

El interés por mantener unas buenas relaciones laborales puede ser tomado en consideración por el órgano jurisdiccional nacional entre otros elementos para apreciar si las diferencias entre las retribuciones de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo y son conformes con el principio de proporcionalidad.

²⁴ SSTJCE en este mismo sentido respecto a la igualdad de retribución entre hombres y mujeres:

²⁵ STJCE 2013\67 Caso Margaret Kenny contra Minister for Justice, Equality and Law Reform. Sentencia de 28 febrero 2013.

²⁶ STJCE de 26 junio 2001, Brunnhofer, Asunto 381/99, ap. 42.

2.1. Clasificación de modelos de valoración de puestos de trabajo

Los procedimientos de valoración de puestos de trabajo son de diversa índole, principalmente cualitativos y cuantitativos.

Por un lado, los cualitativos que valoran los puestos de trabajo de forma global, con el fin de ordenar y jerarquizar los puestos de trabajo. Por otro lado, los cuantitativos o analíticos que evalúan los puestos según distintos criterios, que se denominan factores, previamente seleccionados y claramente definidos.

A su vez, pueden clasificarse en procedimientos de comparación de factores, por una parte, y de asignación de puntos por factor, por otra.

Al ser cuantitativos permiten determinar un valor numérico de cada puesto y, por tanto, implica cuantificar la diferencia de valor entre puestos. Se asignan puntos hasta formar un total teniendo en cuenta: conocimientos, aptitudes comunicativas, de relaciones humanas, esfuerzo mental, responsabilidad sobre materiales, etc., y una escala de valoración para cada factor con un número determinado de niveles o grados.

La OIT ha considerado como más adecuado el sistema de puntos por factor, que pertenece al sistema cualitativo o analítico, es considerado como el más adecuado.

2.1.1. Sistemas cualitativos o globales

Son procedimientos que comparan los empleos y los clasifican con arreglo a los requisitos de base, sin realizar un análisis detallado de su contenido. De esta forma es posible saber cuál es la importancia de cada puesto, pero no las diferencias de valor entre puestos.

Estos sistemas son de jerarquización o de clasificación.

Por jerarquización se establece una escala de puestos de trabajo, mediante el cual se averigua si un puesto, entendido como unidad —conjunto indivisible de funciones, responsabilidades y tareas—, es igual, superior o inferior a otro. Este procedimiento ordena los puestos de forma descendente (de nivel inferior al superior) o en sentido descendente.

Por clasificación se ordenan los puestos a valorar respecto a una escala con unos niveles o grados ya establecidos. Dentro de una categoría de puestos dada, existen diferencias en los niveles de responsabilidades, funciones y habilidades ejercidas en cada puesto. Cuando estas diferencias son identificadas, pueden ser expresadas en términos de grados definidos, ordenados a partir de los requisitos en grado mínimo dentro de la categoría que se califica y hacia los grados máximos.

2.1.2. Sistemas cuantitativos o analíticos

Partiendo del elemento fundamental que es el factor estos sistemas se dividen en sistema de comparación por factores y sistema de puntos por factor.

El sistema de comparación por factores se desarrolla evaluando el puesto, no como unidad, sino mediante un análisis en detalle que permite descomponerlo en “factores”

que se jerarquizan en orden de importancia. Los puestos no se juzgan mediante una escala descriptiva, sino que se comparan, uno con otro, factor por factor, para determinar su valor relativo. Es un sistema basado en la comparación.

El segundo tipo, el de puntos por factor es un sistema en el que se combinan el procedimiento analítico, que requiere la descomposición de los puestos en factores, con el cuantitativo, que asigna un valor a cada uno de los citados factores.

3. Elección del procedimiento de valoración de puestos de trabajo

Los sistemas cualitativos o globales son procedimientos que tienen a su favor que son sencillos en su uso y aplicación, sin embargo, no proporcionan información sobre las diferencias de valor entre puestos y no permiten detectar la influencia de prejuicios o estereotipos de género.

Los sistemas cuantitativos o analíticos son procedimientos que permiten examinar de manera sistemática todos los requisitos de los puestos de trabajo, permiten evaluarlos y compararlos mediante criterios comunes, precisos y detallados. Identifican la diferencia de valor entre puestos, ya que asignan un valor numérico a cada puesto.

La OIT, como ya hemos indicado, ha considerado como más adecuado el sistema de puntos por factor²⁷, que pertenece al sistema cualitativo o analítico, es considerado como el más adecuado. Este sistema se basa en cuatro factores denominados base: calificaciones, esfuerzos, responsabilidades y condiciones de trabajo.

Estos factores son necesarios y suficientes para evaluar todos los puestos y todas las empresas, con independencia del sector económico al que pertenezcan, gracias a que la descomposición de los citados factores en subfactores permite tener en cuenta características más detalladas de cada empleo y entidad. En todo caso, deben tenerse en cuenta dos límites significativos que son: el rigor metodológico y la ausencia de prejuicios sexistas.

Entendiendo por rigor metodológico la incorporación de tres espacios de desarrollo: adaptación a la empresa, ausencia de ambigüedad y ausencia de superposición.

El espacio de adaptación a la empresa se realiza en el proceso mediante la selección de empleos que serán comparados, estableciendo los grupos profesionales, las tareas y los tipos de empleo. Es necesario identificar la estructura de la empresa en función de su idiosincrasia estructural ya que de esta depende la elección de los subfactores determinantes para la valoración. Por ejemplo, en una empresa pequeña se suelen utilizar unos ocho subfactores.

La ausencia de ambigüedad en la descripción, propósito y objetivos de cada subfactor. Esto nos lleva a la afirmación de que no pueden existir elementos discordantes ya que en ese caso los evaluadores se encontrarán con dificultades para interpretarlos. Tal sería el caso, por ejemplo, de un subfactor que abarcara al mismo tiempo la manipulación

²⁷ Promoción de la Igualdad salarial por medio de la evaluación no sexista de los empleos, OIT, Disponible en:https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2008/108B09_271_span.pdf

de objetos pesados, las posturas de trabajo poco ergonómicas y la atención visual, tres dimensiones muy diferentes del esfuerzo físico.

El último elemento al que hemos hecho referencia es la ausencia de superposición que implica la necesidad de garantizar que un subfactor se tenga en cuenta dos veces ya que puede desequilibrar la balanza y, por tanto, resultar discriminatorio.

Dependiendo del tamaño de la empresa y la diversidad de puestos variará el número y contenido de subfactores. En términos generales podemos establecer como subfactores; calificaciones, esfuerzos, responsabilidades y condiciones de trabajo. Subfactores que parten de un descriptor en condiciones de igualdad y que no diferencian aspectos en función del sexo, por el contrario, describen aspectos neutros y que podemos identificar en términos generales en la siguiente tabla:

FACTORES	SUBFACTORES
Calificaciones	Formación académica
	Experiencia remunerada en el mercado de trabajo
	Formación no reglada
	Experiencia de voluntariado
Esfuerzos	Esfuerzo mental
	Esfuerzo emocional
	Esfuerzo físico
Responsabilidades	Responsabilidad en Recursos Humanos
	Responsabilidad financiera
	Responsabilidad sobre materiales
	Responsabilidad sobre confidencialidad
	Responsabilidad sobre personas

Fuente: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

4. Elementos básicos de la valoración de puestos de trabajo en relación con el género

La valoración de puestos de trabajo considera en su conjunto varios elementos: capacidades, esfuerzo, responsabilidad y condiciones de trabajo.

Respecto del primero de los elementos, las capacidades, el análisis se concentra en valores concretos como son: conocimientos, aptitudes e iniciativa.

El segundo de los elementos, el esfuerzo, puede ser físico, mental y emocional. Las responsabilidades se extienden a mando, supervisión de personal, seguridad de materiales, información y seguridad y bienestar de los trabajadores.

Por último, las condiciones de trabajo. Conforme a estos elementos la valoración se realiza puesto por puesto analizando las determinaciones de cada uno y de cada trabajador.

Como ya hemos hecho referencia este proceso tiene como eje fundamental determinar el valor relativo de los puestos de trabajo de una organización y en nuestro análisis pretendemos establecer su relación con la igualdad de valor entre dos puestos independientemente del sexo de los trabajadores con el objeto de combatir la desigualdad garantizando que la evaluación se lleva a cabo sin sesgos de género.

En este sentido, resulta crucial que se valore el puesto en función de las tareas y no de la persona que lleva a cabo las funciones, en otras palabras, de forma neutra estableciendo las características masculinas y femeninas sin favorecer unas sobre otras. Incluyendo en el proceso expertos en igualdad y valoración de puestos de trabajo y apartados de estereotipos de género. Para que esto sea efectivo y práctico es necesario crear estructuras de puestos de trabajo que no caigan en límite establecido derivado de una medida común entre los trabajos desempeñados por mujeres y los desempeñados por hombres. Esa medida común alejada de los medidores clásicos que diferencian entre trabajos feminizados y trabajos masculinizados. El objetivo es valorar el puesto de trabajo independientemente de la persona que lo ocupa y más aún independientemente del sexo del trabajador que lo desempeña.

De la misma forma debe observarse un cuidado expreso en la denominación de los puestos que se debe realizar conforme a criterios objetivos no sujetos a la feminización o masculinización.

Los descriptores del puesto de trabajo se tienen que ajustar a la determinación de capacidades y responsabilidades concretas para el puesto que se alejen de estereotipos vinculados a la condición de hombre o la condición de mujer. El proceso en la fase de comprobación se detiene en establecer en cada puesto las capacidades de: atención, organizativas, de responsabilidad, de coordinación o de calidad entre otras. Así como los factores de capacidad referidos a educación, formación y experiencia profesional. Lo mismo que otros elementos calificados como “ligero o pesado”²⁸.

5. Elementos relevantes de la valoración de puestos de trabajo relacionados con el género

Llegados a este punto es imprescindible establecer las bases fundamentales en la valoración de puestos de trabajo con el fin de impedir la discriminación por género.

En este sentido estableceremos aquellos aspectos conforme a los cuales la valoración de puestos de trabajo es una herramienta eficaz para garantizar la igualdad de género desde el control en los convenios colectivos y los planes de igualdad²⁹.

Es importante destacar, en términos generales, los beneficios que desde la perspectiva de género aporta la valoración de puestos de trabajo que nos parece importante señalar.

²⁸ COVES, A.M.; COROMINAS, A.; LUSA, A. y MARTÍNEZ, C.: La valoración de puestos de trabajo y la discriminación retributiva, Disponible en: https://recerca.upc.edu/giopact/publicacions/Documents/comunicacion_crdoba.doc/at_download/file y La discriminación salarial de la mujer y su relación con la valoración de puestos de trabajo”, Disponible en: https://recerca.upc.edu/giopact/ca/projects/docs/n_dit3.pdf

²⁹ Análisis de medidas y planes de igualdad en la negociación colectiva, UGT, 2010, Disponible en: https://www.ugt.es/Publicaciones/analisis_de_medidas_y_planes_de_igualdad_en_la_

En primer lugar, visibiliza la concentración de sexos en determinadas profesiones, tareas o categorías profesionales.

En segundo lugar, permite una adecuada, y ajustada a la realidad, valoración de tareas, funciones y puestos desempeñados tradicionalmente por mujeres. Que, en ocasiones, como consecuencia de ser entendidos como una prolongación del trabajo doméstico y reproductivo, han sido infravalorados y menospreciados en el mercado de trabajo.

Y, en tercer lugar, contribuye y posibilita la corrección de la brecha salarial de género, al ponderar los puestos de trabajo de acuerdo con su valor y las funciones que se desempeñan y no según el sexo de la persona que los desempeña.

El impacto de la valoración de puestos de trabajo en garantizar la igualdad de género y, por ello, evitar la discriminación indirecta se puede hacer referencia a cuestiones que en los convenios colectivos y en los planes de igualdad se deben vigilar con especial cuidado con el fin de evitar desigualdades entre mujeres y hombres.

5.1. La equidad en niveles profesionales y en puestos de trabajo

La determinación de los grupos profesionales y los puestos de trabajo tiene que realizarse sin que se produzca una asociación implícita entre puesto y sexo; esto supone una estructura independiente del sexo de la persona que lo ocupe. Esto puede significar agruparlos o dividirlos, dependiendo de la estructura empresarial.

Pongamos como ejemplo varios supuestos referidos a este aspecto.

Es imprescindible la asignación de niveles de modo equitativo, fijándose de modo exclusivo en la descripción del puesto que ha de ser completa, sin considerar si dichos puestos están masculinizados o feminizados. Cuidando que no se apliquen sesgos de género asignando a los puestos feminizados niveles de exigencia inferiores y por ello valoraciones inferiores.

Es importante agrupar los puestos de valores similares de forma que se utilicen requerimientos equivalentes de capacidad, esfuerzo, responsabilidad y condiciones laborales con unas mismas bandas salariales. Esto facilita la neutralización de los sesgos de género en la retribución, al equiparar salarialmente puestos masculinizados y feminizados.

Podemos considerar algunos ejemplos a continuación.

En primer lugar, colectivo de mujeres y hombres, cuyas funciones y responsabilidades son comunes o polivalentes. Se determinan dos puestos diferentes, uno con mayoría de mujeres y otro con mayoría de hombres. Si se detectan diferencias salariales o se asignan bandas salariales distintas puede establecerse como causa que se trata de puestos diferentes cuando en realidad es el mismo puesto.

En segundo lugar, si dos grupos de mujeres realizan funciones diferentes, pero que se agrupan en un mismo puesto; el análisis de sus retribuciones no se ajustará a la realidad puesto que es necesario establecer una retribución en función del puesto de trabajo correspondiente a las funciones desempeñadas.

5.2. Universalidad de factores y equilibrio de ponderación

Los factores seleccionados para la valoración de puestos de trabajo, a los que ya hemos hecho referencia tienen que ser de carácter universal. Esto garantiza que pueden ser aplicables para su ponderación y nivelación a todos los puestos de trabajo de la organización.

El uso de ponderaciones diferentes para cada puesto haría que el valor de cada uno se midiera con una escala diferente, imposibilitando el concepto de igual salario para igual valor y descartando el principio de proporcionalidad en la asignación de cuantías. Evidentemente la baremación en función del valor comporta asignar los pesos en función del valor objetivo aportado por cada factor a la organización. Sería, por supuesto, discriminatorio asignar un peso muy alto al esfuerzo físico, típicamente más presente en puestos masculinizados, y uno muy bajo a las habilidades de comunicación, típico de puestos feminizados.

Sobre esta cuestión el TJUE consideró que un sistema valoración de puestos de trabajo donde uno de los criterios a tener en cuenta sea el del esfuerzo o el de la carga muscular no es necesariamente discriminatorio, por el solo hecho de que implique cualidades que poseen de forma más habitual los hombres. La valoración de puestos de trabajo sobre la base de la fuerza física no constituye una discriminación si objetivamente se mide la fuerza porque el trabajo así lo exige y no intervienen otras consideraciones. Por el contrario, sí sería discriminatorio un sistema de clasificación basado en la fuerza cuando ésta no sea necesaria para ejecutar el trabajo valorado³⁰.

Lo mismo respecto a la ponderación de los factores; considerar más importantes unos factores que otros es un claro supuesto de discriminación que, por supuesto, repercuten en la discriminación efectiva hacia la mujer. En la mayoría de las ocasiones se tienen en cuenta factores que favorecen el reconocimiento de actividades masculinizadas.

5.3. Establecer denominaciones neutras para los puestos de trabajo

Las denominaciones siempre que sea posible, tiene que realizarse de forma que los términos utilizados sean neutros o de carácter colectivo, en el supuesto de que esta premisa no pueda aplicarse deben emplearse los dos géneros gramaticales.

El objeto es evitar consideraciones previas que inducen a la discriminación de la mujer, como asociar un sexo a un puesto, el caso más claro lo encontramos en las cuidadoras, limpiadoras o en el servicio del hogar familiar, es decir, estereotipos de género, que provocan infravaloración de los puestos de trabajo que ocupan las mujeres.

Bastante común en profesiones feminizadas como las relacionadas con las labores domésticas, siendo el 97,7% del porcentaje total, o bien la enseñanza, con una presencia del 96,7% de mujeres. Somos capaces de reconocer puestos de trabajo con carácter dis-

³⁰ STJCE de 1 julio 1986, Rummler [TJCE 1986, 107], Asunto 237/85, ap. 17.

criminatorio como por ejemplo: “la enfermera” frente “al médico” “la cuidadora” o muy típico “la limpiadora”.

5.4. Puestos de trabajo feminizados de la organización

Con el objeto de establecer una valoración de puestos equilibrada y garantizadora de la igualdad de género basada en la objetividad y neutralidad, es muy importante cuidar la selección de puestos feminizados considerados de referencia en la estructura que sean de distinto nivel en los que predomine la ocupación de mujeres.

La elección de estos puestos de referencia en la valoración de puestos sirve para establecer modelos que sirven para determinar el resto de puestos valorados. Al considerar desde un inicio puestos feminizados, se asegura que las características asociadas a los mismos se refieran a factores determinantes, mientras que de otro modo los puestos en los que están mayoritariamente las mujeres serían valorados posteriormente y las características a ellos asociadas tendrían un valor secundario con sesgos de género evidente.

5.5. Exhaustividad en la descripción de los puestos de trabajo

Asociado al elemento anterior, es necesario ser rigurosos en las características que se asocian a cada puesto de trabajo, asegurando que el detalle de la descripción y los factores aplicados sean los mismos.

Si la descripción no responde a estos parámetros en el caso de puestos feminizados existe el riesgo de “obviar” las características o tareas asociadas a los estereotipos de género para las mujeres, lo que provoca en consecuencia que la valoración se haga de forma posterior, probablemente, desde una perspectiva subjetiva y, por tanto, no igual despreciando el concepto de igual valor.

El conjunto de factores tiene que ser completo, es decir, debe cubrir todas las características relevantes del puesto. Los factores deben ser independientes, no redundantes, puesto que si una característica es tenida en cuenta por más de un factor se le está otorgando implícitamente mayor importancia produciendo un claro desequilibrio.

Un ejemplo típico se produce en empresas pequeñas, pongamos como ejemplo, una empresa que tiene tres puestos de recepción de llamadas, ocupados por mujeres. Se entiende que, entre las capacidades necesarias para el puesto de recepción de llamadas, se encuentran habilidades de comunicación y empatía. Se trata de factores denominados de habilidades asociados a la descripción del puesto, pero esta valoración debe realizarse objetivamente y de forma neutra.

En suma, considerar que es un factor asociado al puesto de trabajo, pero no a la condición de género, de lo contrario se produciría una infravaloración de las habilidades y del puesto de trabajo.

5.6. Repetición de descripciones y necesidades en los puestos de trabajo

La valoración doble o las repeticiones en la descripción suponen una doble valoración que se puede evitar homogeneizando las denominaciones de las características de los puestos. Si en la descripción de puestos aparecen tareas o funciones que son en realidad la misma, o requieren de una misma habilidad o conocimiento, esto puede hacer que sea valorada dos veces en lugar de una.

Este hecho puede suceder en los puestos masculinizados, ya que los hombres, por estereotipo tradicional social, consideran que su trabajo es merecedor de valoración, en mayor medida que las mujeres. Si bien es cierto que no es una premisa generalizada se ha identificado en algunas ocasiones.

Téngase en cuenta que, si aparecen tareas o funciones equivalentes con diferentes nombres, puede que den lugar a una connotación y valoración distinta. Por ejemplo, denominar “dirección” a la gestión de equipos o departamentos cuando estos puestos están ocupados por hombres, y referirse a la misma como “coordinación” cuando se trata de puestos ocupados por mujeres. En este caso se produce de nuevo una infravaloración.

En consecuencia, la aplicación sistemática de todos los factores a todos los puestos perjudica claramente la objetividad ya que puede suceder que en puestos feminizados determinados factores no se consideren relevantes, debido a un sesgo de género. Por ejemplo, en el caso de las condiciones de trabajo, las personas que ocupan puestos de atención al cliente pueden tener unas condiciones de trabajo que a priori pudieran considerarse buenas (trabajo en oficina, no desplazamientos), pero que en cambio pueden producir ciertos perjuicios que es preciso considerar que suponen riesgos psicosociales: reducidas dimensiones del puesto físico de trabajo, limitaciones en las pausas, ruido de ambiente, etc.

La objetividad y neutralidad quedan garantizadas en mayor medida cuando los resultados se miden cuantitativamente, es decir, cuando se evalúa por pares y con personal cualificado experto en género. De forma clara la objetividad evita la arbitrariedad que puede estar influida por los estereotipos de género.

Al definir los factores también es importante cuidar que no se mida el mismo aspecto bajo dos factores supuestamente distintos; por ejemplo, autonomía en la toma de decisiones e iniciativa en la resolución de problemas.

5.7. Equidad de género respecto de las circunstancias o condiciones del puesto de trabajo

Otro aspecto significativo es la necesidad de equidad de género en la asociación de circunstancias que generan complementos salariales, tanto de modo automático, como la peligrosidad o la penosidad, como en circunstancias concretas, como puede ser el complemento de turnicidad, o bien el de disponibilidad.

En este caso la propia determinación de qué es objeto cada complemento puede incluir un sesgo de género. Por ejemplo, tradicionalmente en la industria se considera remunerable peligrosidad en el manejo de maquinaria que con carácter permanente se

considera asociado a puestos masculinizados mientras que el manejo de productos tóxicos y peligros de limpieza se asocia normalmente a puestos feminizados. Curiosamente los trabajos con sustancias tóxicas y peligrosas son tradicionalmente masculinos cuando no son productos de limpieza.

De la misma forma, si la asociación de circunstancias se produce de forma inversa, es decir, si se asocian circunstancias que no tienen relación con el puesto de trabajo estamos ante un claro sesgo de género. Por ejemplo, cuando se asocia a un puesto la necesidad de flexibilidad horaria y se parte de la consideración que los hombres tienen de partida mayor disponibilidad horaria, por ejemplo, para prolongar la jornada. En ese caso si dicha consideración no es precisa en el puesto de trabajo y no existe relación directa con las tareas y el desempeño del mismo, se considera un factor de discriminación hacia la mujer. Esta circunstancia se resume en el premio al presentismo frente a la productividad que es un factor neutro y equilibrado.

5.8. Garantía de retribución por circunstancias asociadas al puesto de trabajo

Es preciso también considerar, para evitar discriminaciones indirectas, el hecho de considerar remunerables ciertas circunstancias asociadas al puesto, pese a ser perfectamente justificables en el puesto de trabajo que se describe. En concreto, se precisa adecuar las condiciones, o modificar su definición, para procurar que sean y atribuibles por igual y de forma indiferente a mujeres y hombres.

Tomemos como ejemplo el caso de las horas extras donde la brecha alcanza el 78%, la disponibilidad, los desplazamientos o la formación, si se realiza fuera del horario de trabajo, las mujeres pueden tener, en principio, una posición de desventaja, dado que puede resultarles más complejo realizarlas por las denominadas cargas familiares atribuibles en su mayoría a la mujer como un rol tradicional en nuestra sociedad.

Por ejemplo en el caso de la maternidad el TJUE en 1999³¹ estableció que el principio de igualdad de retribución consagrado en el art. 119 del Tratado CE y los arts. 117 a 120 del Tratado CE, sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE, no se opone al pago de una asignación a tanto alzado reservada únicamente a las trabajadoras que inician su permiso de maternidad, siempre que dicha asignación esté destinada a compensar las desventajas profesionales que la interrupción del trabajo supone para ellas.

O en el supuesto específico de retribuciones asociadas a primas especiales anuales en determinados puestos de trabajo, el TJUE considera que debe interpretarse en el sentido de que constituye una discriminación indirecta por razón de sexo el hecho de que las personas que ejercen actividades por cuenta ajena con un horario normal inferior a quince horas semanales y una retribución normal que no supera una determinada fracción de la base mensual de referencia y que, por ello, están exentas del seguro social obligatorio,

³¹ STJCE de 16 de septiembre 1999, 1999\199. Caso Oumar Dabo Abdoulaye y otros contra Régie nationale des usines Renault SA.

queden excluidas por un convenio colectivo de la concesión de una prima especial anual, prevista por éste, que se aplica con independencia del sexo del trabajador, pero que afecta de hecho a un porcentaje considerablemente mayor de mujeres que de hombres³².

Lo mismo sucede con el plus de asistencia, puede ser una fuente de discriminación por razón de género, según que se entienda por ausencia. De ahí la importancia de la negociación colectiva en la determinación del concepto de ausencia.

³² STJCE 1999\179 9 de septiembre 1999. Caso Andrea Krüger contra Kreiskrankenhaus Ebersberg.

Covid-19 e igualdad de género

Covid-19 and gender equality

MARÍA DOLORES FERNÁNDEZ GALIÑO

Valedora do Pobo de Galicia

Magistrada en servicios especiales de la Audiencia

Provincial de A Coruña

ORCID ID: 0000-0002-7348-4339

JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA

Magistrado especialista de lo social - TSJ/Galicia

*Profesor asociado de Derecho Procesal Universidad
de A Coruña*

ORCID ID: 0000-0002-4629-0539

Recibido: 25/1/2021

Aceptado: 10/2/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6137>

Resumen: El estudio analiza el impacto de género de la pandemia causada por el coronavirus COVID-19 y la respuesta dada en España analizada desde una perspectiva de género. Para ello, se hace un triple acercamiento: (1) las consecuencias de la enfermedad sobre la salud de las personas; (2) las consecuencias del confinamiento y medidas acordadas para combatir la enfermedad; (3) las consecuencias sociales, laborales y económicas derivadas de la enfermedad y/o de las medidas para combatirla. Se alcanzan dos conclusiones: una, la pandemia pone en riesgo el nivel de igualdad de género alcanzado con anterioridad; y otra, pero también es oportunidad de mejora si los poderes públicos introducen la perspectiva de género en el corazón de la reconstrucción.

Palabras clave: COVID-19; igualdad de género; análisis en perspectiva de género del derecho español antipandemia.

Abstract: The study analyzes the gender impact of the pandemic caused by the COVID-19 coronavirus and the response given in Spanish law analyzed from a gender perspective. For this, a triple approach is made: (1) the consequences of the disease on people's health; (2) the consequences of confinement and agreed measures to combat the disease; (3) the social, labor and economic consequences derived from the disease and / or the measures to combat it. Two conclusions are reached: one, the pandemic puts at risk the level of gender equality achieved previously; and another, but it is also an opportunity for improvement if the public powers introduce the gender perspective at the heart of reconstruction.

Keywords: COVID-19; gender equality; gender perspective analysis of Spanish anti-pandemic Law.

“No olvidéis jamás que bastará una crisis política, económica o religiosa para que los derechos de las mujeres vuelvan a ser cuestionados. Estos derechos nunca se dan por adquiridos, debéis permanecer vigilantes toda vuestra vida”

SIMONE DE BEAUVOIR

1. Derecho de los desastres, igualdad de género y consecuencias de la pandemia Covid-19

1.1. Derecho de los desastres e igualdad de género

Definido el desastre como una disruptión grave del funcionamiento de una comunidad o sociedad en cualquier escala debida a fenómenos peligrosos que interaccionan con las condiciones de exposición, vulnerabilidad y capacidad, ocasionando pérdidas e impactos humanos, materiales, económicos y/o ambientales¹, los desastres, sean naturales (terremotos, inundaciones o erupciones volcánicas; epidemias) o sean causados por los seres humanos (conflictos bélicos, guerras civiles), han acompañado siempre a la Humanidad. De ahí la existencia de estudios interdisciplinares sobre sus efectos económicos, sociales, demográficos, sanitarios, políticos ... y por supuesto, también jurídicos, al extremo de hablar de un derecho de los desastres (*disaster's law*). Y si algo se ha aprendido de la Historia y es algo en lo cual coinciden todos los estudios sobre los desastres, es que en un desastre se comprometen los derechos humanos. Justamente la salvaguarda de los derechos humanos en situación de desastre y post-desastre es el tema estrella del derecho de los desastres.

En particular, el derecho de los desastres se preocupa por la igualdad de mujeres y hombres: los desastres ponen a las mujeres, en cuanto dispensadoras principales de cuidados según los roles tradicionales de género, como cuidadoras en la primera línea (*front-line caregivers*); las consecuencias socioeconómicas de los desastres se ceban especialmente en las mujeres dado su menor empoderamiento social y económico incrementando la situación previa de discriminación; los desastres son caldo de cultivo para la violencia de género en todas sus manifestaciones; en suma, los desastres propician los retrocesos en la igualdad de género.

La preocupación por el impacto de género de los desastres la podemos encontrar en la Plataforma para la Acción aprobada en la IV Conferencia Mundial de Beijing (1995), principalmente en relación con la mujer y los conflictos armados, que se catalogaba como esfera de especial preocupación (apartados 131 a 149). Menos espacio ocupaba la preocupación por los desastres naturales acaso debido a que en 1995 no estaban presentes macrodesastres como el Tsunami del Océano Índico de 2004, o el Huracán Katrina del Océano Atlántico de 2005. Pero, aún sin tanto espacio, se alertaba, dentro del marco gene-

¹ Se trata de una definición de desastre acordada y habitualmente usada a nivel internacional. En este sentido, la encontramos en el apartado 2 (sobre definiciones) de la Recomendación 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia de la Organización Internacional del Trabajo (2017).

ral de presentación de las esferas de especial protección, acerca de que muchas mujeres se ven, además, particularmente afectadas por desastres ambientales (numeral 46).

Más específicamente, el Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) ha destacado, en el apartado 11 de su Recomendación General núm. 28 sobre las obligaciones básicas de los Estados Partes en virtud del artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (2010), que las obligaciones de los Estados partes no cesan en períodos de conflicto armado ni en los estados de emergencia declarados por acontecimientos políticos o desastres naturales, agregando que estas situaciones tienen importantes repercusiones y consecuencias para el goce y el ejercicio de los derechos fundamentales de la mujer en pie de igualdad con el hombre, y también que los Estados partes deberían adoptar estrategias y tomar medidas para satisfacer las necesidades particulares de las mujeres en tiempos de conflicto armado y estados de emergencia.

Otro instrumento de interés es la Recomendación 205 sobre el empleo y el trabajo decente para la paz y la resiliencia de la Organización Internacional del Trabajo (2017); en su preámbulo se afirma considerar la necesidad de reconocer que las crisis afectan de manera distinta a las mujeres y a los hombres, y la importancia decisiva de la igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres y las niñas para promover la paz, prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia², entendiendo la resiliencia como la capacidad que tiene un sistema, una comunidad o una sociedad expuestos a una amenaza para resistir, absorber, adaptarse, transformarse y recuperarse de sus efectos de manera oportuna y eficiente, en particular mediante la preservación y la restauración de sus estructuras y funciones básicas por conducto de la gestión de riesgos.

1.2. Impacto de género de la pandemia COVID-19

Como desastre que es, la pandemia causada por el coronavirus COVID-19 también responde a estas consideraciones, y siéndolo además a nivel mundial, esas consideraciones se podrían proyectar sobre la situación de cualquier nación. Por ello, la necesidad de analizar a nivel nacional y a nivel universal el impacto de género de la pandemia causada

² Consideraciones con concreción en el apartado 15 de la Recomendación, que, aunque redactado en 2017, presenta una actualidad en lo relativo a la igualdad de género que justifica su parcial reproducción: "En sus respuestas a la discriminación derivada de conflictos o desastres o agravada por estos, y al tomar medidas para promover la paz, prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia, los Miembros deberán: (a) respetar, promover y hacer realidad la igualdad de oportunidades y de trato entre mujeres y hombres, sin discriminación de ningún tipo, teniendo en cuenta el Convenio núm. 100 y la Recomendación núm. 90 sobre igualdad de remuneración, 1951, y el Convenio núm. 111 y la Recomendación núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958; (b) prestar una atención especial a los hogares encabezados por una sola persona, en particular si se trata de niños y niñas, mujeres, personas con discapacidad o personas de edad; (c) adoptar medidas para asegurar que las mujeres que hayan ocupado un empleo durante una crisis y asumido mayores responsabilidades no sean reemplazadas contra su voluntad cuando regrese la mano de obra masculina; (d) adoptar medidas para velar por que las mujeres estén facultadas para participar de forma eficaz y significativa en los procesos de toma de decisiones en el contexto de la recuperación y la creación de resiliencia, se dé prioridad a sus necesidades e intereses en las estrategias y respuestas, y se promuevan y protejan los derechos humanos de las mujeres y las niñas; (e) prevenir y sancionar todas las formas de violencia por razones de género, con inclusión de la violación, la explotación sexual y el acoso sexual, y proteger y dar apoyo a las víctimas ...".

por el COVID-19 ya ha sido destacada por los organismos internacionales, europeos, nacionales y autonómicos implicados en la igualdad de género. Sin ánimo de agotar todas las acciones realizadas por todos esos organismos (lo que sería una misión imposible dada la multiplicidad de organismos unido al compromiso demostrado por todos ellos en orden a la lucha contra la pandemia con perspectiva de género), vamos a destacar seguidamente algunas acciones de organismos de igualdad destacados.

- UN Women / ONU Mujeres, entre otras acciones, ha apuntado desde un primer momento la idea de que el coronavirus golpea tres veces a las mujeres: por la salud, por la violencia doméstica y por cuidar a los otros, ha elaborado una propuesta de programa mundial *"Prevención y gestión de la pandemia del COVID-19 con perspectiva de género: de la respuesta de emergencia a la recuperación y la resiliencia"*³, y ha diseñado una respuesta rápida y específica para mitigar el impacto de la crisis de la COVID-19 en las mujeres y las niñas y garantizar que la recuperación a largo plazo las beneficie, una respuesta basada en 5 prioridades: mitigar y reducir la violencia de género, incluida la violencia doméstica; protección social y paquetes de estímulo económico que tengan en cuenta a las mujeres y las niñas; conseguir que las personas apoyen y practiquen el reparto equitativo del trabajo de cuidados; liderazgo y participación de las mujeres y las niñas en la planificación y toma de decisiones de la respuesta ante el COVID-19; datos y mecanismos de coordinación que incluyan perspectiva de género⁴.
- El Comité para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) ha redactado un *"Llamamiento a la acción conjunta en los tiempos de la pandemia COVID-19"*⁵, en el cual solicita a los estados que intenten aprovechar este momento de la historia humana y procuran tratarlo como oportunidad para adoptar estrategias transformadoras que se basen en el empoderamiento y liderazgo de la mujer, sobre todo en los campos de las tecnologías digitales y la inteligencia artificial, y en última instancia, los estados deben salir de la crisis del COVID-19 más solidarios, respetando las normas de derechos humanos y promoviendo la gobernanza inclusiva, la justicia social y la paz⁶; así como unas *"Directrices sobre el CEDAW y COVID-19"*⁷ donde se insta a los Estados parte a: (1) abordar el impacto desproporcionado de la pandemia en la salud de la mujer, (2) garantizar los servicios de salud sexual y reproductiva en tanto servicios sociales, (3) proteger a las mujeres y niñas de la violencia de género, (4) asegurar la igualdad de participación en la adopción de decisiones, (5) garantizar la educación continua, (6) proporcionar apoyos socioeconómicos a las mujeres, (7)

³ <https://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/news%20and%20events/in%20focus/covid-19/gender-responsive-prevention-management-covid19.pdf?la=es&vs=1519> (consultado el 08/01/2021).

⁴ <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/in-focus-gender-equality-in-covid-19-response/un-women-responde-to-covid-19-crisis> (consultado el 08/01/2021).

⁵ <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx> (consultado el 08/01/2021).

⁶ <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx> (consultado el 08/01/2021).

⁷ <https://www.ohchr.org/SP/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx> (consultado el 08/01/2021).

adoptar medidas específicas dirigidas a las mujeres en situación de desventaja, (8) proteger a las mujeres y niñas en situaciones humanitarias y seguir aplicando la agenda de mujeres, paz y seguridad, y (9) fortalecer la respuesta institucional, la difusión de información y la recopilación de datos.

- El Instituto Europeo de Igualdad de Género (EIGE) ha realizado varios análisis de cómo la COVID-19 está impactando sobre la igualdad de género en diferentes áreas: trabajadores en primera línea⁸; impactos de género y salud⁹; trabajo no remunerado y tareas domésticas¹⁰, dificultades económicas y género¹¹; violencia de género¹²; personas en vulnerabilidad¹³.
- A nivel estatal, el Instituto de la Mujer ha elaborado una guía “La perspectiva de género, esencial en la respuesta a la COVID-19”¹⁴.
- Igualmente se han realizado actuaciones de los organismos de igualdad autonómicos, aunque su análisis excede ya mucho de estas líneas.

Tomando en consideración las actuaciones de organismos de igualdad a todos los niveles que nos ponen en la pista de los problemas y sus posibles soluciones, nuestro análisis aborda las consecuencias de la enfermedad, del confinamiento y de la crisis subsiguiente en perspectiva de género y la respuesta dada por la normativa antipandemia dictada en España. Un análisis sometido a serios condicionantes. El primero es que, aún a día de hoy, no se conocen todavía las consecuencias de la enfermedad, el confinamiento o la crisis subsiguiente, pues estamos aún viviéndolas con no pocos sobresaltos (mutaciones del virus, sucesivas olas), lo que impide en muchas ocasiones alcanzar conclusiones definitivas. Y el segundo es que la normativa antipandemia es fruto de un auténtico *big bang* normativo por la vía de urgencia (lo que ha motivado cambios y ajustes de normas apenas aprobadas), con normas a todos los niveles (estatal, autonómico, municipal), y de gran multiplicidad (desde normas estatales con rango de ley hasta recomendaciones, guías y otros productos de *soft law* o cuasi normativos), lo que impide ofrecer un panorama completo de una normativa inmensa y que está en proceso de constante cambio.

Deudor de esos condicionantes, nuestro estudio solo pretende ser una aproximación general, en ocasiones construida sobre datos provisionales, al análisis en perspectiva de género sobre las consecuencias de la enfermedad, del confinamiento y de la crisis subsiguiente y la respuesta dada por la normativa antipandemia dictada en España, lo que acometeremos a través de un triple acercamiento: (1) las consecuencias de la enfermedad sobre la salud de las personas, en particular las personas dedicadas a los cuidados; (2) las consecuencias del confinamiento y medidas acordadas para combatir la enfermedad sobre

⁸ <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/frontline-workers> (consultado el 08/01/2021).

⁹ <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/gender-impacts-health> (consultado el 08/01/2021).

¹⁰ <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/unpaid-care-and-housework> (consultado el 08/01/2021).

¹¹ <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/economic-hardship-and-gender> (consultado el 08/01/2021).

¹² <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/gender-based-violence> (consultado el 08/01/2021).

¹³ <https://eige.europa.eu/covid-19-and-gender-equality/people-vulnerable-situations> (consultado el 08/01/2021).

¹⁴ [http://www.inmujer.gob.es/diseno/novedades/IMPACTO_DE_GENERO_DEL_COVID_19_\(uv\).pdf](http://www.inmujer.gob.es/diseno/novedades/IMPACTO_DE_GENERO_DEL_COVID_19_(uv).pdf) (consultado el 08/01/2021).

los derechos con mayor dimensión de género, como la conciliación y la corresponsabilidad, o la violencia de género; (3) las consecuencias sociales, laborales y económicas derivadas de la enfermedad y/o de las medidas para combatirla desde una perspectiva de género.

2. Las consecuencias de la enfermedad sobre la salud de las personas en perspectiva de género, en particular las personas dedicadas a los cuidados

2.1. Mortalidad masculina y mortalidad femenina: necesidad de una medicina en perspectiva de género

El primer acercamiento a la pandemia atendiendo a las consecuencias de la enfermedad analizadas en perspectiva de género obliga a considerar el sexo de las víctimas. Las primeras aproximaciones realizadas durante la primera ola apuntaban hacia dos tendencias: hay más personas fallecidas del sexo masculino (lo que se ha justificado en que los hombres padecen más enfermedades intercurrentes; otras opiniones apuntan a diferencias del sistema inmunológico entre mujeres y hombres), mientras que hay más personas contagiadas del sexo femenino (lo que se ha justificado en que las mujeres se encuentran en la primera línea de lucha). Sin embargo, estas aproximaciones iniciales se sustentan en fallecimientos constatados por las Autoridades sanitarias con diagnóstico de COVID por la realización de test y utilizan estadísticas que aún no son definitivas (el Índice Nacional de Defunciones para 2020 ofrece todavía datos provisionales dada la existencia de retrasos en la notificación de decesos).

El Sistema de Monitorización de la Mortalidad Diaria del Instituto de Salud Carlos III¹⁵, que opera sobre expectativas de mortalidad, revela que, en España en 2020, se ha producido un exceso de mortalidad por todas las causas del 10 de marzo al 9 de mayo superior en mujeres (72%) que en hombres (67%); y del 20 de julio al 20 de diciembre sigue siendo superior en mujeres (20%) que en hombres (19%). Algunas opiniones apuntan hacia la invisibilidad de fallecimientos de mujeres por COVID-19 al no haberseles realizado los test, o a fallecimientos por otras enfermedades que en etapas de normalidad sanitaria hubieran sido diagnosticadas y tratadas.

Pero el MoMo opera sobre expectativas de mortalidad usando datos provisionales sin considerar quienes han sido contagiados de COVID-19. Con lo cual, todavía es muy pronto emitir conclusiones seguras, salvo una conclusión que sí es segura: todos estos marcadores apuntan a diferencias por sexo que debemos primero identificar y después analizar si queremos ser efectivos desde la perspectiva sanitaria en la lucha contra la pandemia.

Y se deben identificar y analizar estas diferencias por sexo para no volver a caer en una Medicina solo para un sexo¹⁶, que históricamente ha sido el masculino pues los ensayos clínicos hasta no hace mucho se venían realizando con grupos de población integrados solo por hombres (como ha ocurrido con la mayoría de los antinflamatorios al uso con

¹⁵ https://momo.isciii.es/public/momo/dashboard/momo_dashboard.html (consultado el 08/01/2021).

¹⁶ Muy interesante al respecto la lectura de CARME VALLS LLOBET, *Mujeres invisibles para la Medicina (Desvelando nuestra salud)*, (edición revisada), Ediciones Capitán Swing (Madrid, 2020).

el argumento de no incluir a las mujeres para proteger su fertilidad o porque sus cambios hormonales alterarían los resultados), y también solo considerando a los varones se han elaborado los protocolos médicos (es conocido el caso del infarto cuyos protocolos hasta no hace tanto solo consideraban los síntomas del infarto en hombres, aunque son diferentes los síntomas en mujeres).

Detectar los diferentes efectos de la enfermedad sobre la salud de los hombres y de las mujeres es el paso fundamental para abordar la emergencia sanitaria en los diferentes individuos y comunidades, y el cimiento de una política de salud en igualdad. La investigación médica y los servicios de salud deben evaluar el impacto en los dos性 (factores biológicos) y de los roles de género (factores sociales) en las diferencias de salud existentes entre mujeres y hombres para servir mejor las necesidades de salud de todas las personas individuales con independencia de su sexo.

No solo es exigencia requerida por la Medicina. También lo requiere el Derecho. Y es que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 27 lo dice claro:

"1. Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán, en su formulación, desarrollo y evaluación, las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente. 2. Las Administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud de las mujeres y hombres, a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones de la política de salud, del principio de igualdad de trato, evitando que por sus diferencias biológicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre unas y otros".

¿Se está haciendo de este modo en relación con el COVID-19? En concreto, ¿se está fomentando una investigación científica sobre el COVID-19 que atienda las diferencias entre mujeres y hombres en relación con la protección de su salud?, ¿se está garantizando la presencia equilibrada de mujeres y hombres en la investigación y en los puestos directivos y de responsabilidad profesional? ¿se están obteniendo y tratando desagregados por sexo los datos contenidos en registros, encuestas, estadísticas u otros sistemas de información médica y sanitaria? La provisionalidad de la situación nos impide llegar a conclusiones definitivas, pero debemos estar alerta, no solo porque estas cuestiones están siendo denunciadas por los organismos de igualdad, también porque el artículo 27 de la LOIEMH obliga a los poderes normativos a responder a todas estas cuestiones en el sentido de integrar la perspectiva de género.

2.2. Elevado índice de contagio femenino en las personas dedicadas a los cuidados: cuidar a quienes nos cuidan

En lo que respecta al elevado porcentaje de contagio femenino encuentra una de sus causas (quizás no sea la única, pero sin duda es muy relevante) en que entre quienes están

mayormente en la primera línea de lucha contra la enfermedad encontramos colectivos altamente feminizados: el sector de la sanidad a todos los niveles (médicas, enfermeras o auxiliares), el sector de la dependencia (tanto la atención domiciliaria como en residencias de mayores), el cuidado de niños, el empleo en el hogar y el sector de limpieza. Todas estas personas trabajadoras, mayormente mujeres, van a estar en contacto con personas contagiadas en mayor medida que otros sectores profesionales. Y además el desbordamiento de la carga asistencial o el mayor estrés al que están sometidas, incide negativamente sobre su salud. Aquí nos encontramos con consecuencias negativas de la segregación profesional entre los sexos (las llamadas paredes de cristal). Una segregación profesional determinante de unas condiciones de empleo y trabajo inferiores a las de sectores masculinizados con empleos más seguros, mayores retribuciones y en general mejores condiciones de trabajo. Paradójicamente, las profesiones de cuidado son las más necesarias para el tratamiento de las personas enfermas y la contención de la enfermedad.

A la vista de estas consideraciones, hay un creciente consenso social e institucional en la necesidad de atribuir mayor valor al trabajo de cuidados en todas sus variantes. Un consenso que roza la unanimidad cuando la opinión emana de organismos de igualdad, pues se trata de un llamamiento que encontramos en ONU Mujeres, el EIGE o en el Instituto de la Mujer. *“Cuidar a quien nos cuida”* es el mensaje lanzado por la Valedora do Pobo de Galicia¹⁷. Los desafíos crecientes a que se enfrentan las personas dedicadas al trabajo de cuidados deben conducir a una mejora de su reconocimiento social que debe traer aparejado una mejora de sus condiciones de trabajo, con empleos más estables y trabajos mejor remunerados en términos comparativos con otros trabajos de igual valor¹⁸.

2.2.1. La prevención de riesgos laborales en servicios sanitarios y socio-sanitarios

Para cuidar a quienes nos cuidan, lo primordial es garantizar su seguridad en el trabajo, y ello fue lo más perentorio durante la primera ola pues la fase inicial de la crisis sanitaria se caracterizó tanto en un plano jurídico por las limitaciones de una normativa de seguridad no especialmente diseñada para dar respuesta a una pandemia, como en un plano fáctico por la carencia de medios de protección y las dificultades de acceso a los mismos, lo que presentaba una trascendencia especialmente intensa en relación con el feminizado personal sanitario y sociosanitario.

¹⁷ FERNÁNDEZ GALIÑO, M.D. “Cuidar a quien nos cuida”, https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/articulo-de-la-valedora-do-pobo-dolores-fernandez-galino-cuidar-a-quien-nos-cuida-publicado-en-el-especial-del-dia-25-de-julio-en-el-periodico-el-correo-gallego/ (consultado el 08/01/2021).

¹⁸ MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M. considera ineludible “cometer una revisión del trabajo en el sector sanitario y sociosanitario: es preciso enmendar las condiciones de trabajo y empleo, en particular, los salarios, la dimensión de las plantillas, la temporalidad y los términos de las contratas”, siendo ineludible “por el derecho a la salud de la ciudadanía”, y también “porque no queremos héroes ni heroínas, sino personas trabajadoras y trabajo decente”, “Por una reconstrucción del mercado de trabajo con perspectiva de género”, *Hablemos de Feminismo – Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/por-una-reconstruccion-del-mercado-de-trabajo-con-perspectiva-de-genero-por-nora-maria-martinez-yanez-profesora-contratada-doctora-acreditada-a-titular-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-soc/) (consultado el 08/01/2021).

La normativa, no siempre con la premura exigible, se fue adecuando progresivamente, constituyendo actualmente una fenomenal masa de normas estatales y autonómicas, algunas generales otras para sectores, y ajustadas a la cambiante situación de cada momento (confinamiento, desescalada, nueva normalidad). Por ejemplo, en relación con las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, a nivel estatal se han aprobado sucesivamente en el tiempo hasta tres normas diferentes con la finalidad de conseguir una ordenación más completa: la Orden SND/265/2020, de 19 de marzo, de adopción de medidas relativas a las residencias de personas mayores y centros socio-sanitarios, ante la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19¹⁹; el Real Decreto-ley 9/2020, de 27 de marzo²⁰; y la Orden SND/275/2020, de 23 de marzo, por la que se establecen medidas complementarias de carácter organizativo, así como de suministro de información en el ámbito de los centros de servicios sociales de carácter residencial en relación con la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19²¹. Al lado de estas y de las demás normas estatales de carácter sectorial, y en esta ocasión con carácter general, también se deberá atender al *"Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2"* editado por el Ministerio de Sanidad²².

En cuanto a la inicial carencia de medios de protección y las dificultades de acceso a los mismos, ello motivó reclamaciones judiciales con resultados relativamente contradictorios: algunas sentencias han desestimado la concurrencia de vulneración de derechos fundamentales por las empresas, dadas las circunstancias excepcionales derivadas de la pandemia, mientras que en otras se alcanza la conclusión contraria, al privilegiarse la salud de las personas afectadas; en otros casos se ha considerado concurría una carencia sobrevenida del proceso, en tanto que aunque inicialmente las empresas no habían proporcionado medidas de protección, sí lo habían hecho con posterioridad y con antelación al juicio²³. Ciertamente, esa inicial carencia de medios de protección y las dificultades de

¹⁹ Sintéticamente, la Orden SND/265/2020 regulaba la obligación de los trabajadores que tengan contacto directo con los residentes de seguir las medidas de protección recomendadas, según al nivel de riesgo al que están expuestos, recomendando, en la medida de lo posible, reducir al mínimo el número de trabajadores en contacto directo con un residente afectado, así como el tiempo de su exposición.

²⁰ Según su artículo 1, durante la vigencia del estado de alarma son servicios esenciales, cualquiera que sea la titularidad, pública o privada o el régimen de gestión, los centros, servicios y establecimientos sanitarios, que determine el Ministerio de Sanidad, y los centros sociales de mayores, personas dependientes o personas con discapacidad, que determine el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. A tales efectos, deberán mantener su actividad, pudiendo únicamente proceder a reducir o suspender la misma parcialmente en los términos en que así lo permitan las autoridades competentes.

²¹ Sintéticamente, la Orden SND/275/2020 establecía el mantenimiento obligatorio de la actividad, sin que se puedan adoptar medidas que conlleven el cierre, reducción o suspensión de actividades o de contratos laborales, salvo que la autoridad competente de la Comunidad Autónoma determine, por las circunstancias concurrentes, que el mantenimiento de la actividad del centro no es imprescindible. También la prioridad en la realización de pruebas diagnósticas de los residentes y del personal que presta servicio en los mismos, así como la disponibilidad de equipos de protección individual para ambos colectivos. Finalmente, la posibilidad de intervención en determinados supuestos de un centro residencial por las Comunidades Autónomas, con nombramiento de un empleado público para dirigirlo y coordinarlo.

²² Accesible en https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/PrevencionRRLL_COVID-19.pdf (consultado el 08/01/2021).

²³ Sobre la situación jurisprudencial en esos iniciales momentos, FALGUERA BARÓ, M. *La legislación laboral durante el estado de alarma*, versión actualizada a 31/12/2020 (facilitada por el autor, a quien se lo agradecemos desde aquí), y a la versión anterior de 16/05/2020 se puede acceder en <https://www.cograsova.es/blog/archivos/8935> (consultado el 08/01/2020), págs. 437 y 438.

acceso, se pueden considerar superadas; pero no lo están los pleitos que ello puede originar, pues si se han producido contagios causantes de secuelas, quienes los hayan sufrido pueden acceder a prestaciones de incapacidad temporal o permanente, o sus causahabientes a prestaciones de muerte y supervivencia por su fallecimiento, con la posibilidad de reclamar recargos de prestaciones y responsabilidades a la empresa por incumplimiento de las medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

2.2.2. Presunción de laboralidad de los contagios COVID-19

El Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo, por el que se adoptan medidas complementarias en materia agraria, científica, económica, de empleo y Seguridad Social y tributarias para paliar los efectos del COVID-19, introdujo una presunción de laboralidad de los contagios COVID-19 a favor del feminizado personal sanitario y sociosanitario, que se ha reiterado, con algunos cambios de redacción, en la disposición adicional 4^a del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia. Tal presunción de laboralidad se realizaba bajo el mecanismo de asimilación al accidente de trabajo. Pero esto podía generar carencias de protección una vez que se constató que, tras la curación de la enfermedad, ha habido casos con secuelas importantes a veces en personas en que la enfermedad cursó con síntomas leves o de modo asintomático. De ahí la conveniencia de apreciar mejor una enfermedad profesional que permitiría dar cobertura de contingencia profesional a las prestaciones derivadas de esas secuelas.

A esta reivindicación de los colectivos afectados ha dado una respuesta parcial el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, que, en su artículo 6, regula las prestaciones causadas por las y los profesionales de centros sanitarios y socio sanitarios que durante la prestación de servicios sanitarios o socio sanitarios han contraído el virus SARS-CoV-2 en el ejercicio de su profesión. Y decimos una respuesta parcial porque las reivindicaciones estaban dirigidas a introducir la enfermedad derivada del COVID-19 en el listado de enfermedades profesionales, no como una asimilación temporal sin efectos permanentes, lo cual tiene consecuencias en orden a la intensificación de la vigilancia de la salud laboral pues esta comprende la detección de enfermedades profesionales no siendo claro si una asimilación como la que la norma hace tiene las mismas consecuencias.

La asimilación legal, primero a accidente de trabajo y ahora a enfermedad profesional, tiene límites personales, causales y temporales.

- Los límites personales se definen por referencia al personal que presta servicios en centros sanitarios o socio-sanitarios, inscritos en los registros correspondientes (Orden SCO/3866/2007, de 18 de diciembre, por la que se establece el contenido y la estructura del Registro General de centros, servicios y establecimientos

sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo; o, en su caso, en los registros de las Comunidades Autónomas).

Dado que no presta sus servicios en centros inscritos en ningún registro, quedaba excluido el personal sanitario de la inspección médica de los Servicios Públicos de Salud y del Instituto Nacional de la Seguridad Social y al personal sanitario de Sanidad Marítima que preste servicios en el Instituto Social de la Marina. El RDL 3/2021 ha cubierto esta carencia extendido la protección a ese personal (en su disposición adicional 3^a).

Pero siguen quedando fuera otras situaciones merecedoras de igual protección, como ocurre el personal sociosanitario del hogar, pues obviamente este personal no presta servicios en ningún centro inscrito.

- Los límites temporales se definen por referencia a los contagios desde la declaración de la pandemia internacional por la OMS y hasta que las autoridades sanitarias levanten todas las medidas de prevención adoptadas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Término final un tanto difuso dados los visos de permanencia del virus.
- Los límites causales se definen por referencia al contagio de las personas incluidas en el ejercicio de su profesión y durante la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios. No resulta relevante el régimen jurídico del personal a los efectos de aplicar la asimilación de laboralidad, con lo cual se podría aplicar tanto al contratado mediante un contrato de trabajo, o al que lo sea en régimen de autónomo. Tampoco resulta relevante si está contratado directamente por el titular del centro, o está contratado a través de contratas / subcontratas (aunque sea improbable que el personal prestador de servicios sanitarios o socio-sanitarios sea personal de contratas).

A los efectos de acreditar esta relación de causalidad, los servicios de prevención de riesgos laborales deberán emitir el correspondiente informe donde se haga constar que el personal de que se trata ha estado expuesto en el ejercicio de su profesión al virus SARS-CoV-2 por la prestación de servicios sanitarios o socio-sanitarios. Queda, en consecuencia, la constatación probatoria de la relación de causalidad a la decisión de los servicios de prevención de riesgos laborales, que, si son externos, están habitualmente vinculados a la mutua que cubre las contingencias laborales.

Considerando todas estas exigencias causales no está cubierto todo el personal que presta servicios en centros inscritos, sino solo a las personas profesionales de medicina, enfermería y cuidadores y cuidadoras, o en general personal prestador de servicios sanitarios y socio-sanitarios. Con lo cual quedaría fuera los demás colectivos prestadores de otros servicios en el centro inscrito (limpieza, administración, mantenimiento), a quienes, ante un contagio de COVID-19 acaecido a causa de su trabajo, solo les quedaría la posibilidad de reclamar la declaración de accidente de trabajo en la modalidad de enfermedad / accidente del artículo 156.2.e) de la LGSS.

2.3. Salud de las mujeres embarazadas, parturientas o en estado de lactancia, en particular la problemática transición entre las situaciones de riesgo y la situación de desempleo por un ERTE-COVID

Un aspecto muy relevante desde la perspectiva de la salud se encuentra en relación con las mujeres embarazadas, parturientas o en estado de lactancia. Aquí hay dos aspectos a considerar. De un lado, el riesgo, que afecta a todas las mujeres embarazadas, parturientas o en estado de lactancia, a la par que al feto o al recién nacido, de acudir a servicios hospitalarios para los exámenes prenatales, para el parto y para la estancia post-parto, en especial si los hospitales están saturados a consecuencia de pacientes con COVID-19. De otro lado, las especialidades requeridas para el tratamiento de la mujer embarazada, parturienta o en estado de lactancia, ya contagiada de COVID-19, más el riesgo de contagiar al recién nacido. Más que nunca en ambos aspectos se deberá estar en situación de pandemia a las recomendaciones de las autoridades sanitarias. El Ministerio de Sanidad ha elaborado una guía de acuerdo con las recomendaciones de la OMS: "*Manejo de la mujer embarazada y el recién nacido con COVID-19*"²⁴. Pero el problema puede surgir por los riesgos de dispersión en la aplicación de estas medidas en hospitales públicos y privados y dada la transferencia de competencias de sanidad a las Comunidades Autónomas.

Desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales, el riesgo de exposición al contagio del COVID-19, que se ha calificado como un riesgo biológico de grado 3²⁵ (una calificación que acaso se pueda quedar corta si se producen mutaciones del virus de más fácil propagación), puede conducir, en aplicación del artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, a una situación de riesgo durante el embarazo o de riesgo durante la lactancia natural, con la consiguiente suspensión del contrato de trabajo y el acceso a las prestaciones de Seguridad Social.

En relación con las prestaciones de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural se ha planteado el problema de las transiciones entre esas situaciones y las prestaciones de desempleo derivadas de un expediente de regulación temporal de empleo a consecuencia de las medidas antipandemia, o viceversa. Ante las dudas generadas, la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social emitió a 17 de abril de 2020, una circular aclaratoria, destinada a las Mutuas colaboradoras, distinguiendo²⁶:

²⁴ "Manejo de la mujer embarazada y el recién nacido con COVID-19", versión actualizada a 17/06/2020, https://www.mscbs.gob.es/profesionales/saludPublica/ccayes/alertasActual/nCov/documentos/Documento_manejo_embarazo_recien_nacido.pdf (consultado el 08/01/2021). Un análisis en CORTÉS BORDOY, J., "Embarazo, recién nacido y COVID-19", *Medicina balear*, vol. 35, núm. 3, págs. 35-38.

²⁵ La Directiva (UE) 2020/739 de 3 de junio de 2020 de la Comisión determinó la inclusión del SARS-CoV-2 en la lista de agentes biológicos que son patógenos humanos conocidos, incluyéndolo en el grupo 3 (por tanto: "agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y presente un serio peligro para los trabajadores; existe el riesgo de que se propague en la colectividad, pero existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces"), en lugar del más grave grupo 4 ("agente patógeno que pueda causar una enfermedad grave en el hombre y suponga un serio peligro para los trabajadores; existen muchas probabilidades de que se propague en la colectividad; no existen generalmente una profilaxis o un tratamiento eficaces"); siguiendo idéntica lógica, tal modificación ha sido traspuesta en nuestro ordenamiento jurídico por la Orden TES/1180/2020 de 4 de diciembre de 2020.

²⁶ Dado que es una circular, no está publicada en el Boletín Oficial del Estado. Al texto se ha accedido en la página del Centro de Estudios Financieros: <https://www.laboral-social.com/sites/laboral-social.com/files/oficio-DGOSS-prestacion riesgo-ERTE-17-04-20.pdf> (consultado el 08/01/2021).

- (I) Trabajadora en riesgo durante el embarazo o la lactancia natural que se incluye dentro de un expediente de regulación temporal de empleo. Se plantea una aplicación analógica de lo establecido en los artículos 35 y 36 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. En base a dicha analogía extensiva se resuelve: (1) Que si el ERTE supone la suspensión total de la actividad, se suspendería la prestación de riesgo durante el embarazo o la lactancia natural que se rehabilitaría al finalizar el ERTE. (2) Que si el ERTE supone una reducción de jornada, la suspensión afectaría a la parte de la jornada que se reduce.
- (II) Trabajadora incluida dentro de un expediente de regulación de empleo pasa a riesgo durante el embarazo o la lactancia natural. En este caso, solo accedería a las prestaciones si el ERTE supone una reducción de jornada y las prestaciones se percibirán en atención a la jornada reducida.

Una circular aclaratoria que ya ha despertado unas severas y atinadas críticas. De entrada, los artículos 35 y 36 del RD 295/2009 se refieren al riesgo durante el embarazo, olvidando la existencia de disposiciones específicas para el riesgo durante la lactancia natural que, cuando menos, se debieron de citar: los artículos 49 a 51 del RD 295/2009. Y lo que en el fondo se hace es extender analógicamente disposiciones restrictivas de derechos (en contra del aforismo *odiosa sunt restrigenda, favoralia sunt amplianda*, que por lo demás encuentra apoyo en el artículo 9 de la CE).

Pero lo que más aquí nos interesa destacar, siguiendo a la doctrina más atenta, es que esta interpretación incurre en discriminación directa por razón de sexo, porque tiene un efecto restrictivo en el acceso a los derechos de Seguridad Social de trabajadoras (mujeres) por razón de la maternidad biológica, recibiendo un trato diferenciado y más perjudicial retributivamente que el que se da a otras modalidades de prestaciones percibidas mayoritariamente por trabajadores (varones), como es el caso de las prestaciones por incapacidad temporal (IT) derivada de contingencias profesionales, que no se ven afectadas por el pase de los trabajadores a situación de desempleo, ni en su cuantía ni en su extensión, según se deduce de lo establecido al respecto en el artículo 283 de la LGSS/2015²⁷.

Dos precisiones adicionales para consolidar esta solución alternativa a la contemplada en la circular. Una: la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, establece, en su artículo 11, que si el Estado miembro decide cubrir los períodos de dispensa de trabajo por riesgos durante el embarazo o la lactancia natural con prestaciones públicas, su cuantía será adecuada cuando garantice unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que recibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por

²⁷ POYATOS MATAS, G., "COVID y perspectiva de género, infancia y adolescencia. Conciliación de la vida laboral y familiar. Teletrabajo. Violencia de género", en *Derecho laboral y de Seguridad Social COVID-19 (Un manual para juristas de trinchera)*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2020), pág. 186.

motivos de salud (en la declaración anexa a la Directiva se aclara que es una remisión técnica, sin que se asimile el embarazo con una enfermedad).

Otra: la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 10 de diciembre de 2014 (RCUD 3152/2013), resuelve la cuestión con claridad diáfana pues las normas legales y reglamentarias aplicables recogen de forma expresa las causas de extinción de la prestación, y entre ellas, en modo alguno se contempla la cesación de la actividad de la empresa.

3. Las consecuencias del confinamiento y medidas acordadas para combatir la enfermedad sobre los derechos con mayor dimensión de género

Frente a la situación de pandemia, los poderes públicos han reaccionado con medidas diversas, en particular de confinamiento, lo que nos conduce a analizar cómo esas medidas, en particular el confinamiento, han afectado a las mujeres diferencialmente con los hombres. Bajo esta perspectiva de acercamiento, hay cinco temas de gran interés: (1) el incremento de las necesidades de conciliación atendiendo al cierre de las guarderías, colegios y, en general, centros educativos, así como por la reagrupación en muchos casos de los padres mayores en los domicilios de sus hijos/as; (2) el impacto del confinamiento sobre los regímenes de custodia y visitas de menores en matrimonios separados o divorciados, o parejas rotas; (3) el aislamiento al cual se han visto sometidas las víctimas de violencia de género en la pareja, dificultando la aplicación de las medidas para combatirla; (4) las situaciones de trata, explotación sexual y mujeres en contextos de prostitución; y (5) el acoso y violencia en el trabajo a distancia y el deber empresarial de prevención de riesgos.

3.1. Impacto del confinamiento sobre la conciliación / corresponsabilidad

El evidente impacto del confinamiento sobre la conciliación / corresponsabilidad ha merecido atención legislativa a nivel estatal. A estos efectos, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ha adoptado dos medidas con evidente impacto de género, correspondiéndonos analizar (en línea con el objeto de nuestro estudio) si en su diseño legal se ha tomado en consideración la perspectiva de género.

3.1.1. El trabajo a distancia sin perspectiva de género en el RDL 8/2020 y su aparente superación por los RRDDLL 28/2020 y 29/2020

La primera de las medidas con impacto de género recogidas en el RDL 8/2020 es la preferencia del trabajo a distancia, obligando a la empresa a adoptar las medidas oportu-

tunas si ello es técnica y razonablemente posible y si el esfuerzo de adaptación necesario resulta proporcionado (artículo 5). Se trata de una medida cuya finalidad declarada (en la Exposición de Motivos) es mantener la actividad económica evitando los riesgos de contagio, pero que también tiene otra finalidad más oculta que es desplazar una parte del coste de los expedientes de regulación de empleo del Estado a las empresas (que no podrán acogerse a ellos si pueden adoptar trabajo a distancia), lo que se traduce en que, si está implantado por la empresa, la persona trabajadora deberá aceptarlo²⁸. Ciertamente, el trabajo a distancia tiene una obvia perspectiva de género, pero en esta ocasión el fomento de la conciliación / corresponsabilidad no está en el fundamento de la medida, y ello se nota si nos paramos mientes en la restricción de la voluntariedad y asimismo en que se remite al entonces vigente artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores, cuya parquedad reguladora y ausencia de perspectiva de género ha sido siempre puesta entre las causas de la muy escasa implantación del teletrabajo en España.

Pues bien, los estudios realizados en relación con el teletrabajo durante el confinamiento han puesto de relieve el mayor impacto que el trabajo a distancia ha tenido sobre las mujeres respecto de los hombres, tanto por la circunstancia de que, por la segregación profesional, los trabajos feminizados han sido más susceptibles de reconvertirse en teletrabajos, como por la circunstancia de que la distribución de roles en el hogar ha hecho recaer el trabajo de cuidados principalmente sobre las mujeres sometidas a una doble jornada doméstica: la derivada del teletrabajo y la derivada del trabajo doméstico²⁹. En el fondo, la causa de esta situación han sido los roles de género (segregación profesional, reparto estereotipado de las tareas domésticas), pero también tiene su tanto de culpa una norma cuya perspectiva de género ni estaba ni se la esperaba.

El Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (aplicable a las relaciones laborales privadas), y el Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19 (aplicable a las AAPP), han pretendido subsanar la parquedad normativa en que se hallaba sumida la regulación del teletrabajo, e igualmente han asumido la necesidad de adoptar la perspectiva de género.

²⁸ En este sentido de obligatoriedad para la persona trabajadora siempre que la empresa haya adoptado las medidas oportunas para su implantación, CASAS BAAMONDE, M.E., “El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, Julio 2020, págs. 921-936, y LOUSA-DA AROCHENA, F., “El teletrabajo en la legislación de emergencia antipandemia”, *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 30/11/2020, 8 págs.

²⁹ Según un Informe de Eurofound, el teletrabajo puede impactar de forma especialmente negativa en el trabajo de las mujeres poniendo en riesgo los avances conseguidos durante las últimas décadas en materia de igualdad de género (*Living, working and COVID-19*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, pág. 4, accesible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/living-working-and-covid-19>, consultado el 08/01/2020). Específicamente sobre la situación del confinamiento en España, FARRÉ, L. y GONZÁLEZ, L. concluyen que “durante el confinamiento, las mujeres han tenido que soportar una doble carga: más teletrabajo, combinado con un aumento en el volumen de las tareas domésticas”, *Las tareas domésticas y el cuidado de los hijos durante el confinamiento, una labor asumida principalmente por las mujeres*, Observatorio Social de la Caixa (Septiembre 2020), accesible en <https://observatoriosocialacaixa.org/-/las-tareas-domesticas-y-el-cuidado-de-los-hijos-durante-el-confinamiento-una-labor-asumida-principalmente-por-las-mujeres> (consultado el 08/01/2020).

Ahora bien, ¿presentan estas normas una adecuada implementación de la perspectiva de género?³⁰ En cuanto al RDL 28, recupera el principio de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial (artículo 5), aunque mantiene la aplicación del RDL 8/2020 al trabajo a distancia implementado durante su vigencia (disp. trans. 3^a) rematada, por cierto, tres días antes de la publicación en el BOE del RDL 28³¹. También erige el principio de igualdad de trato y oportunidades y no discriminación en uno de sus principios reguladores (artículo 4), lo que es muy positivo, en especial por la referencia específica que, en ese mismo artículo 4, se realiza a la obligación empresarial de configurar y aplicar medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral; también la circunstancia de que esa misma norma salve expresamente la aplicación del artículo 34.8 del ET (derecho de las personas trabajadoras a adaptar la jornada y el trabajo por conciliación), lo que nos ofrece base para concluir que los derechos de conciliación justificarían una excepción de la voluntariedad en beneficio de la persona trabajadora, de ahí que esta podría solicitar a la empresa su implantación³².

No obstante, más allá de estas normas de principio demostrativas de la preocupación por asegurar que el trabajo a distancia no se convierta en una herramienta para ahondar en sesgos de género y por evitar un retroceso en los avances que se están consiguiendo en la materia, las medidas incorporadas al texto legal no parecen demasiado efectivas en la materia, dejando su concreción en gran medida a la negociación colectiva que, como apunta la doctrina más atenta, de momento no se siente concernida³³.

En cuanto al RDL 29/2020, aunque afirme en su Exposición de Motivos que su regulación conecta con los contenidos del II Plan de Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en sus organismos públicos, aprobado por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 20 de noviembre de 2015, lo cierto es que en su regulación (artículo 1, que introduce un artículo 47bis en el Estatuto Básico del Empleado Público) la

³⁰ La misma pregunta se plantea DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género”; *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 3: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5547/4115> (consultado el 08/01/2020).

³¹ Según la disposición final 10^a del RDL 8/2020, la vigencia del artículo 5 alcanzaba hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. Pero el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo, estableció, en su artículo 15, que el contenido del artículo 5 del RDL 8/2020 se mantendría vigente durante los dos meses posteriores al cumplimiento de la vigencia prevista. Lo que supone (si lo entendemos bien) que la vigencia del artículo 5 del RDL 8/2020 alcanzaría hasta tres meses después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma. Que, como se sabido, se produjo el 21 de junio, luego la vigencia del artículo 5 finalizó el 21 de septiembre. Además, el inciso final del artículo 15 del RDL 15/2020 estableció que, “en atención a las circunstancias, cabrán prórrogas adicionales por parte del Gobierno de lo establecido en el presente precepto”, lo que supone (si lo entendemos bien, pues no es fácil desenvolverse en esta maraña legislativa de la normativa antipandemia) que el plazo de vigencia del artículo 5 del RDL 8/2020 ha resultado deslegalizado. En todo caso, el Gobierno no ha hecho uso de esta facultad.

³² En este sentido, se manifiesta también LÓPEZ BALAGUER, M., “La voluntariedad del trabajo a distancia en el RDL 28/2020: ¿es el derecho al trabajo a distancia por conciliación una excepción?”, *El Foro de Labos*, https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/la-voluntariedad-del-trabajo-distancia.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+ElForoDeLabos+%28El+Foro+de+Labos%29 (consultado el 08/01/2021).

³³ Para DE LA PUEBLA PINILLA, A., “no es buena señal que la primera regulación del trabajo a distancia (en convenio colectivo aprobado tras el RDL 28/2020), la recogida en el recientemente aprobado Convenio de Cajas de Ahorro, no contenga ni una sola referencia a esta cuestión ni, por tanto, contemple ninguna medida dirigida a evaluar y, en su caso, a evitar la incidencia del trabajo a distancia sobre el desarrollo y promoción profesional de las mujeres trabajadoras. Pero no debe decaer nuestro empeño, estamos a tiempo de mejorar” (DE LA PUEBLA PINILLA, A., “Trabajo ...”, obra citada, pág. 11).

implantación del teletrabajo depende de la aceptación de la Administración Pública pues la prestación del servicio mediante teletrabajo habrá de ser expresamente autorizada y será compatible con la modalidad presencial. Dado que la regulación se deja al desarrollo en la negociación colectiva³⁴, esperemos que en ella se establezcan mejoras dirigidas a empoderar a las personas empleadas en la gestión de su tiempo.

Recapitulando, el teletrabajo implementado con una adecuada perspectiva de género no cabe duda alguna de que supondrá un avance en la conciliación y la corresponsabilidad. Pero si no utilizamos la perspectiva de género para su adecuada implementación, se puede convertir en una forma de potenciar la desigualdad como ya ha ocurrido durante la vigencia del artículo 5 del RDL 8/2020³⁵. En nuestras manos está hacerlo bien ahora.

3.1.2. El Plan Mecuida

La segunda de las medidas con impacto de género recogidas en el RDL 8/2020 (que está todavía vigente a la fecha de escribir estas líneas a diferencia de la preferencia por el teletrabajo³⁶), el denominado Plan Mecuida (artículo 6)³⁷, es el reconocimiento de un derecho de la persona trabajadora a la reordenación / reducción de la jornada de trabajo cuando su cónyuge, pareja o familiar de la persona trabajadora padezca el COVID-19, estuviera en centros educativos o de cuidado que hayan tenido que cerrar por causa del COVID-19, o cuando la persona que cuidaba al cónyuge, pareja o familiar no pudiera seguir haciéndolo por causa del COVID-19.

Seguramente a sabiendas de que estos derechos de conciliación suelen degenerar en un ejercicio femenino, se establece que el derecho previsto en este artículo es un derecho individual de cada uno de los progenitores o cuidadores, que debe tener como presupues-

³⁴ Muchas Comunidades Autónomas ya tenían regulaciones específicas: Decreto 92/2012 de 29 mayo (Euskadi); Decreto 82/2016 de 8 julio (Comunidad de Valencia); Decreto 16/2018 de 7 junio (Castilla y León); Decreto 36/2013 de 28 junio (Islas Baleares); Decreto 1/2018 de 10 enero (Extremadura); Decreto 57/2013 de 12 agosto (Castilla-La Mancha); Orden de 20 de diciembre de 2013 (Galicia).

³⁵ Parecidas conclusiones en DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “La mayoría de los estudios realizados sobre el teletrabajo advierten del riesgo que este modo de prestación de servicios tiene desde la perspectiva de género y de la necesidad de que se adopten medidas para evitarlo. Apuntan incluso algunas fórmulas, no exentas de controversia, tales como ofrecer incentivos al uso por los trabajadores hombres del trabajo a distancia o asegurar el equilibrio entre géneros a la hora de asignarse la prestación de trabajo a distancia por las empresas ... Es esencial, por ello, que la inclusión social y económica de las mujeres esté en el corazón de las medidas de recuperación. La regulación del trabajo a distancia debería ser, en este sentido, una oportunidad para adoptar medidas que eviten la consolidación de esa tendencia que el desarrollo del teletrabajo durante el COVID-19 ha puesto de manifiesto” (“Trabajo ...”, obra citada, pág. 11 *passim*).

³⁶ Pues aunque su vigencia era en principio la misma que la norma donde se establecía la preferencia por el teletrabajo, con lo cual su vigencia remataría el 21 de septiembre de 2020 (y nos remitimos a lo dicho al efecto en una nota anterior), el RDL 28/2020, en su disposición adicional 3^a, prorrogó la vigencia del artículo 6 del RDL 8/2020, en el que se regula el Plan MECUIDA, hasta el 31 de enero de 2021. Si tomamos en consideración que esa disposición adicional entró en vigor el 24 de septiembre de 2020 (según la disposición adicional 14^a del RDL 28/2020), se observa la existencia de un *impasse* de tres días (entre el 21 de septiembre y el 24 de septiembre) en que el Plan Mecuida no estuvo formalmente vigente.

³⁷ Sobre el Plan Mecuida, véase AGUSTÍ MARAGALL, J., “Las excepcionales “medidas de conciliación laboral” en el artículo 6 del RDL 8/2020: Comentario de urgencia”; Revista Jurisdicción Social, núm. 209, 2009, págs. 14 a 24 (accesible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/03/Revista-Social-MARZO-2020.pdf>) (consultado el 08/01/2020).

to el reparto corresponsable de las obligaciones de cuidado y la evitación de la perpetuación de roles. Parece encontrarse en esta finalidad la explicación de excluir los parientes por agnación, aunque la exclusión puede tener el efecto perverso de que la mujer trabajadora abandone el trabajo para cuidarlos, con lo cual sería peor el remedio que la enfermedad, y en este sentido ya se ha apuntado la necesidad de hacer una aplicación correctora³⁸.

A nuestro juicio, tampoco resulta factible (de hecho, la norma no lo dice expresamente, pero acaso esa conclusión se podría deducir de la invocación a la corresponsabilidad que en ella se contiene) que la implementación de la corresponsabilidad se haga a costa de facultar a la empresa, y en el caso de juicio a los órganos judiciales, a violentar el derecho fundamental a la privacidad de matrimonio, pareja o familia³⁹.

¿Cómo se puede implementar la corresponsabilidad de que habla la norma? La cobertura económica de la reducción de jornada puede ser un incentivo adecuado para evitar que las diferencias salariales entre los miembros de un matrimonio o pareja (normalmente a favor del hombre) actúen como disuasorias del ejercicio masculino. Incluso sería factible vincular la cobertura a un ejercicio corresponsable (como se ha hecho en relación con el permiso por cuidado de lactante del artículo 37.4 del ET). Sin embargo, el RDL 8/2020 elude regular coberturas económicas, una laguna cubierta por algunas Co-

³⁸ Según POYATOS MATAS, G., "limitar los derechos laborales vinculados al cuidado, a un nexo sanguíneo no se corresponde con los principios internacionales que rigen en materia de Derechos Humanos (progresividad, universalidad, integralidad y pro persona), dado el incuestionable impacto constitucional que tiene el ejercicio de los derechos de conciliación familiar. Además, el mismo precepto en su párrafo tercero remite en relación al derecho de reducción de jornada al art. 37.6 del ET que sí incluye a los parientes afines. Ello generará problemas interpretativos en su aplicación que, bajo nuestro criterio, deberán solventarse integrando la perspectiva de género y de forma incluyente respecto a los familiares por afinidad, a tenor del mandato contenido en el art. 4 y 15 LOIEMH ... Otro argumento en favor de la interpretación extensiva lo hallamos en la Directiva 2019/1158 en cuyo art. 3.1.d) se define cuidador como el trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro, lo que incluso va más allá de la vinculación familiar por afinidad", "COVID ...", obra citada, págs. 166 y 167.

³⁹ Ciertamente, la corresponsabilidad es un deber legal de los cónyuges (CC, art. 68), y los derechos de conciliación se conciben en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares (LO 3/2007, art. 44). Pero el incumplimiento del deber legal de corresponsabilidad se debe sancionar en el mismo ámbito jurídico en el que se erige como deber legal, esto es en el ámbito civil. Trasladar la sanción al ámbito laboral en forma de habilitar la negativa de la empresa a la solicitud de adaptación de la persona trabajadora sería algo totalmente disfuncional. De hecho, se estaría erigiendo a la empresa en una suerte de guardián de los deberes conyugales, o de los deberes existentes en la relación de pareja. Ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico habilita a la empresa a asumir tal potestad. También ello supondría indagar en la vida familiar de las personas trabajadoras en contra del derecho a la intimidad familiar (CE, artículo 18), sin que sea claro además el límite que a esa indagación se le podría establecer: ¿basta con analizar la corresponsabilidad en términos de dedicación temporal? ¿o debería asimismo analizarse en términos económicos y profesionales valorando lo que supondría que el cónyuge o la pareja reclamase en su trabajo la adaptación de la jornada que se le niega a la persona trabajadora solicitante? ¿sería legítimo analizar el reparto general de tareas domésticas y de cuidado dentro del matrimonio o la pareja para verificar la existencia de una descompensación por el hecho de asumir uno de los progenitores, y no el otro, una concreta tarea de cuidado determinante de la solicitud de adaptación? Hay además aspectos del equilibrio existente en los matrimonios y las parejas que son imponderables a la hora de hacer tal indagación, en cuanto están vinculados a afectos y sentimientos. En suma, no se debe permitir a la empresa la intromisión en la vida privada, convirtiéndola en una suerte de guardián de la corresponsabilidad (ni se les debe permitir a los Juzgados de lo Social), y así lo dice la doctrina judicial más atinada (SSTSJ/Galicia de 28-5-2019, Rec. Sup. 1492/2019, y de 22-7-2019, Rec. Sup. 1992/2019), también la mayoría de la doctrina científica: María Emilia CASAS BAAMONDE, "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019, págs. 1074-1075; MOLINA NAVARRETE, C., "Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras", *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, núm. 441, 2019, pág. 11; LOUSADA AROCHENA, J.F., "El derecho a la adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (artículo 34.8 del ET)", *Actum Social*, núms. 149-150, 2019, págs. 3-4 de 13; y POYATOS MATAS, G., "COVID y perspectiva ...", obra citada, págs. 168 y 169 *passim*.

munidades Autónomas⁴⁰, lo que resulta loable aunque tiene el riesgo de la diversidad de regulaciones protectoras.

¿Qué ocurre en el ámbito del empleo público, en que no es aplicable el Plan Mecuida? La Resolución del Secretario de Estado de Política Territorial y Función Pública de medidas a adoptar en los centros de trabajo dependientes de la Administración General del Estado con motivo del COVID-19 de 10 de marzo⁴¹ interpreta que el permiso para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal del artículo 48.j) del Estatuto Básico del Empleado Público resultaba de aplicación en los supuestos de necesidades familiares derivadas de la pandemia. Pero se trata de una regulación con problemas aplicativos: el artículo 48 del EBEP solo regula los permisos del personal funcionario; dicho permiso tiene una duración máxima de un mes; hay un agravio comparativo con respecto al resto de personas asalariadas del sector privado, en especial por lo que hace a la reducción de jornada, en tanto que en el caso de empleo público se siguen devengando las retribuciones⁴².

3.2. Regímenes de custodia y visitas de menores en matrimonios separados o divorciados, o parejas rotas

Un aspecto vinculado a la vida de las familias que se ha visto alterado por la situación de confinamiento ha sido en relación con el cumplimiento del régimen de custodia y visitas de menores en matrimonios separados o divorciados, o parejas rotas, dado el riesgo de contagio derivado de la entrega de los menores, y a su vez el temor del progenitor custodio, si no los entregan, de ser denunciado por incumplimiento.

Sobre la base del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, de declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, esta problemática fue abordada en acuerdos gubernativos y en resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial.

Los Acuerdos de los Jueces de Familia de Barcelona de 18 de marzo de 2020 y de 24 de marzo de 2020, después de recordar que el Real Decreto declarando el estado de alarma no legitima el incumplimiento de resoluciones judiciales, por lo que se han de llevar a cabo y cumplir todos los sistemas de guarda, custodia, visitas y comunicaciones fijadas en las resoluciones judiciales vigentes, contenían las siguientes tres precisiones:

⁴⁰ Extremadura: Orden de 6 de julio de 2020 por la que se establecen las bases reguladoras de las ayudas a la contratación, como medida de fomento de la conciliación y corresponsabilidad de la vida personal, familiar y laboral para responder al impacto del COVID-19 (DOE 09/07/2020); Castilla La Mancha: Decreto 32/2020, de 14 de julio, por el que se regula la concesión directa de ayudas para la conciliación de la vida familiar y laboral como consecuencia de la crisis originada por el COVID-19 (DOCM 17.07.2020); Islas Baleares: Orden de la Consejera de Asuntos Sociales y Deportes de 10 de agosto de 2020 por la que se establecen las bases reguladoras y la convocatoria extraordinaria de ayudas a la conciliación destinados a paliar los efectos de la COVID-19 (BOIB 11/08/2020); o Castilla y León: Decreto-ley 9/2020, de 10 de septiembre, por el que se adoptan medidas extraordinarias de apoyo a las personas y familias para la atención domiciliaria de menores, personas dependientes o con discapacidad que deban guardar confinamiento domiciliario a causa de la pandemia COVID 19 (BOCYL 14/09/2020).

⁴¹ Accesible (tanto la Resolución de 10 de marzo, como otra aclaratoria de 12 de marzo) en: <https://www.mptfp.gob.es/portal/prensa/actualidad/noticias/2020/03/20200311.html> (consultada el 08/01/2020).

⁴² Estas críticas las plantea FALGUERA BARÓ, M., *La legislación ...*, obra citada, pág. 50.

- (1) “los progenitores deberán observar, en todo caso, las normas de las autoridades gubernativas y sanitarias a los efectos de evitar la propagación del coronavirus, procurando un ejercicio responsable de la potestad parental y alcanzando los mayores acuerdos posibles, teniendo siempre presente que nos encontramos ante una situación excepcional y, por el momento, por un espacio de tiempo limitado”;
- (2) “si alguno de los progenitores presenta síntomas de contagio o ha resultado positivo en el test del COVID-19, en interés de los hijos menores (art. 9.2 LOPJM) y para evitar su propagación, es preferible que la guarda y custodia la ostente el otro progenitor, a fin de evitar su propagación al menor cuya custodia tiene confiada, debiéndose entenderse que, automáticamente concurre causa de fuerza mayor, que suspende provisionalmente, las medidas acordadas en el proceso en que se acordaron”; y
- (3) “a fin de conseguir el necesario y deseable contacto paterno-filial el progenitor custodio deberá facilitar, particularmente por medios telemáticos (*skype, facetime*, o video llamada de *whatsapp*) el contacto del/los hijo/s con el progenitor no custodio, siempre y cuando no se perturben las rutinas u horarios de descanso de los menores”.

Acuerdo aplicado en algunas resoluciones de órganos judiciales barceloneses (Auto de 26/03/2020 del JPI 51 de Barcelona⁴³). Otras resoluciones judiciales suspendieron los regímenes de visitas yendo un poco más allá, como ocurre con el Auto de 03/04/2020 del JPI 7 de Santa Cruz de Tenerife⁴⁴, pues se lo suspendió al padre que trabajaba con enfermos de COVID-19, aunque no tenía síntomas y el test era negativo.

Si bien se plantearon dudas sobre la adecuación de estos acuerdos gubernativos y resoluciones jurisdiccionales del Poder Judicial con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (1989), no parece que esas dudas tengan mucha solidez habida cuenta de que el derecho del niño a relacionarse con sus progenitores (reconocido en el artículo 9) admite como excepción cuando a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño, lo que vendría dado por el riesgo de contagio del virus.

Con la finalidad de restablecer el equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19, el Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Admi-

⁴³ Accesible en la página web del CGPJ, <http://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9077980/Real%20Decreto%20alarma%20sanitaria%20Covid-19/20200406> (consultado el 08/01/2021). También en El Derecho, Referencia EDJ 523/4404.

⁴⁴ Referencia El Derecho EDJ 2020/5230404.

nistración de Justicia, estableció un procedimiento especial (artículos 3 a 6). Real Decreto Ley ya derogado, pero acaso debió mantenerse ese procedimiento en vigor en expectativa de la segunda ola.

3.3. Impacto del confinamiento sobre la lucha contra la violencia de género en la pareja

“Todos nos enfrentamos a importantes riesgos psicológicos debido al aislamiento o la cuarentena, pero las mujeres y a veces también los niños en domicilios no seguros viven una situación particularmente delicada”, afirmó Evelyn Regner, presidenta de la Comisión de Derechos de la Mujer del Parlamento Europeo, el 7 de abril en una rueda de prensa y añadió: *“Debemos prestar atención a esta cuestión y ampliar las medidas para atajar la violencia contra las mujeres”*⁴⁵. La situación de las mujeres que sufren violencia de género es alarmante pues ha estado atrapadas con sus agresores, y previsiblemente lo seguirán estando. Hay mujeres cuya situación económica vulnerable las empuja a continuar con sus agresores⁴⁶.

Nos encontramos con una cuestión sobre la cual los organismos de igualdad a todos los niveles han manifestado su preocupación y que se ha visto corroborado en nuestro país por el incremento de las llamadas a los servicios de atención, pero no de las denuncias (a lo menos durante el confinamiento; con posterioridad seguramente se recuperen los números anteriores a la pandemia), y tampoco de los fallecimientos, que se han contenido acaso debido a la asunción por las mujeres de medidas de autoprotección en su relación con el agresor. Pero esto, lejos de ser positivo, viene a activar una bomba de relojería que puede estallar en cualquier momento, derivada del empoderamiento del agresor, a veces combinado con conductas adictivas, y el desgaste psicológico de la mujer.

El Ministerio de Igualdad reaccionó con un *“Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del COVID-19”*⁴⁷ que es el antecedente del Real Decreto Ley 12/2020, de 31 de marzo, de medidas urgentes en materia de protección y asistencia a las víctimas de violencia de género, cuya justificación, a decir verdad, se encuentra en la necesidad de modificar partidas presupuestarias que solo podrían serlo a través de normas con rango de ley (de hecho, a ello se dedica todo su Capítulo II). Su Capítulo I es el que recoge las medidas del Plan de Contingencia, a veces con mejoras. Resumidamente, las medidas adoptadas son las siguientes:

⁴⁵ Declaraciones de REGNER, E., <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20200406IPR76610/covid-19-medidas-contra-la-violencia-domestica-durante-el-confinamiento> (consultado el 08/01/2021).

⁴⁶ Sobre estas situaciones, véase LORENTE ACOSTA, M., “Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento”, *Revista española de Medicina Legal*, 46(3), págs. 139-145, accesible en <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-pdf-S0377473220300250> (consultado el 08/01/2020).

⁴⁷ Además del Plan (cuyo contenido ha sido sustituido por el RDL 12/2020), se impulsó una campaña institucional con el objetivo fundamental de concienciar contra la violencia de género y alertar ante situaciones de violencia dentro de los hogares durante el período de confinamiento. El material de la campaña está disponible en: <http://www.violenciagenero.igualdad.gob.es/sensibilizacionConcienciacion/campannas/violenciaGobierno/todoSaldráBien/home.htm> (consultado el 08/01/2020).

- Declaración de servicio esencial de todos los servicios a los que se refieren los artículos 2 a 5 con los efectos del RD por el que se declara el estado de alarma, y normas de desarrollo (artículo 1 del RDL 12/2020).
- Garantía del normal funcionamiento de los servicios de información y asesoramiento jurídico 24 horas, telefónica y en línea, así como de los servicios de teleasistencia y asistencia social integral a las víctimas de violencia de género (artículo 2 del RDL 12/2020).
- Garantía del normal funcionamiento de los servicios de acogida a víctimas de violencia de género y otras formas de violencia contra las mujeres (artículo 3 del RDL 12/2020).
- Garantía del normal funcionamiento del sistema de seguimiento por medios telemáticos del cumplimiento de las medidas cautelares y penas de prohibición de aproximación en materia de violencia de género (artículo 4 del RDL 12/2020).
- Medidas relativas al personal que presta servicios de asistencia social integral a víctimas de violencia de género, y otras formas de violencia contra las mujeres que, por su naturaleza, se deban prestar de forma presencial (artículo 5 del RDL 12/2020).
- Campañas institucionales para prevenir la violencia de género durante el estado de alarma (artículo 6 del RDL 12/2020).

Desde luego, ninguna de las iniciativas señaladas sobra; sin embargo, y en este punto seguimos a la doctrina científica más atinada⁴⁸, este texto legal no es del todo satisfactorio, ni mucho menos, y ello tanto por exceso, como por defecto. Lo primero, porque es una norma compleja (la lectura de su Exposición de Motivos es una tortura) que, al menos por lo que respecta al Capítulo I, es además excesiva, en el sentido de que ninguna de las medidas que en él se contemplan precisan de rango de ley. Lo segundo, por defecto, porque no tengo tan claro que esas medidas sean suficientes; por un lado, porque la actual situación de confinamiento y la falta de relación directa con otras personas ponen a la víctima de violencia de género en una situación de vulnerabilidad todavía mucho mayor de la que habitualmente es propia de esta situación; por otro, porque parece olvidar casi completamente a colectivos de mujeres que también sufren distintos tipos de violencia y que en esta situación están en una situación de mucho riesgo, como los colectivos de mujeres ancianas y las mujeres con discapacidad.

En fin, que sin desmerecer en nada lo que se ha hecho hasta el momento, se observan aspectos mejorables, y en todo caso y como siempre, la necesidad de una correcta aplicación de las normas para que estas acaben siendo útiles a sus finalidades. Recientes declaraciones de la Delegada del Gobierno para la Violencia de Género evidencian que “*la pandemia nos está llevando a un peor trato institucional a las víctimas*”⁴⁹.

⁴⁸ GARCÍA RUBIO, M.P., “De nuevo, la crisis del COVID-19 desde una perspectiva de género”, *Hablemos de Feminismo – Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/de-nuevo-la-crisis-del-covid-19-desde-una-perspectiva-de-genero-por-maria-paz-garcia-rubio-catedratica-de-derecho-civil-universidad-de-santiago-de-compostela/) (consultado el 08/01/2021).

⁴⁹ Declaraciones de ROSELL AGUILAR, M.V., <https://elpais.com/sociedad/2020-11-23/la-pandemia-nos-esta-llevando-a-un-peor-trato-institucional-a-las-victimas.html> (consultado el 08/01/2021).

3.4. Víctimas de trata, explotación sexual y mujeres en contextos de prostitución

Otras manifestaciones de violencia de género seguramente sufrirán transformaciones a causa de la pandemia: unas manifestaciones se potenciarán y otras se nos aparecerán en nuevos e inéditos escenarios. En este sentido, la delincuencia organizada se está adaptando a las debilidades sistémicas de las sociedades y de los poderes públicos con la finalidad de reorganizar las rutas de tráfico de personas y de encontrar otras nuevas formas de atraer a las posibles víctimas, principalmente mujeres, para ser explotadas sexualmente, y niñas (también niños) para pornografía infantil, aprovechando situaciones de vulnerabilidad, y priorizando las redes sociales como mecanismo de captación de las víctimas. También las víctimas de trata se enfrentan a daños aún mayores, entre otros motivos, por la necesidad de los propios traficantes de mantener sus ingresos a cualquier precio, con consecuencias de largo alcance para las víctimas.

Ante esta situación, el Ministerio de Igualdad ha aprobado una *"Ampliación del Plan de Contingencia contra la violencia de género ante la crisis del COVID-19: medidas adicionales dirigidas a víctimas de trata, explotación sexual y a mujeres en contextos de prostitución"*⁵⁰. Las medidas a adoptar se han agrupado bajo seis epígrafes de los cuales los tres primeros son los que contienen medidas sustantivas:

- (1) garantizar el derecho a la información para las víctimas de trata y explotación sexual y otras mujeres en contextos de prostitución mediante la difusión de los teléfonos 24 horas de entidades especializadas, del teléfono gratuito de la Policía Nacional específico de trata y de los correos electrónicos específicos de trata de la Policía Nacional y la Guardia Civil;
- (2) garantizar la detección e identificación de las víctimas de trata y explotación sexual y de casos de extrema vulnerabilidad en contextos de prostitución mediante la implicación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la detección de casos, fortalecer la coordinación entre las unidades policiales especializadas en trata y las ONG y reforzar el cauce de información a los servicios públicos especializados y a las ONG sobre posibles casos recibidos de desde servicios de migración y asilo; y
- (3) garantizar la asistencia integral y protección de las víctimas de trata y explotación sexual, así como la atención a casos de especial vulnerabilidad mediante el mantenimiento de los servicios ambulatorios de asistencia integral a través de su declaración como servicios esenciales, mediante la garantía de alojamiento temporal seguro a las víctimas, disponiendo en caso necesario de establecimientos de alojamiento turístico, y asegurando una alternativa habitacional a mujeres que, sin encontrarse en una situación de riesgo, quedan en situación de necesidad habitacional a raíz de la crisis sanitaria, y mediante la facilitación

⁵⁰ Accesible en https://observatorioviolecia.org/wp-content/uploads/Plan-Víctimas-trata_COVID_definitivo.pdf (consultado el 08/01/2020).

del ingreso mínimo vital a mujeres que lo necesiten, en particular mujeres en situación irregular.

A estas tres medidas sustantivas se añaden otras tres organizativas o funcionales sobre una propuesta de modelo de acreditación para la solicitud del ingreso mínimo vital, el apoyo como beneficiarias de la medida de alternativa habitacional a las administraciones públicas y entidades que trabajan con víctimas de trata y explotación sexual, y las condiciones de trabajo para la ejecución de las medidas según los criterios sanitarios.

3.5. Acoso y violencia en el trabajo a distancia y deber empresarial de prevención de riesgos

Como otro ejemplo de potenciación de ciertas manifestaciones de violencia de género y/o de aparición de estas en nuevos e inéditos escenarios, la importante implantación del trabajo a distancia desde la llegada de la pandemia y los confinamientos domiciliarios nos ha alertado de situaciones que, hasta el momento, nos habían pasado inadvertidas a quienes nos dedicamos al derecho laboral, y que afectan a la igualdad⁵¹:

- 1^a. La primera es la de que la violencia y el acoso *tout court* se manifiestan de una manera diferente cuando se canalizan a través de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (por ejemplo, el comportamiento amenazador contra otra persona que lleve a esta a temer por su seguridad a través del establecimiento o intento de establecimiento de contacto a través de nuevas tecnologías, directamente o por medio de terceras personas, o a través del uso indebido de datos personales para adquirir productos o mercancías, para contratar servicios o para provocar que otras personas los contraten: es el *cibercalling*, o ciberacoso).
- 2^a. La segunda es la de que, más en particular, la violencia de género se manifiesta de una manera diferente cuando se canaliza a través de las modernas tecnologías de la información y la comunicación (por ejemplo, el embaucamiento de niñas o mujeres adolescentes a través de nuevas tecnologías y en ocasiones usando una falsa identidad virtual, con la finalidad de obtener imágenes sexuales que ellas mismas facilitan, o más genéricamente con la finalidad de obtener cualquier avance sexual: es el comportamiento llamado *grooming*; o la difusión de imágenes sexuales, obtenidas legítimamente en el contexto de una relación sexual consentida que luego se rompe: es el *revenge porn*; o la amenaza de difundir imágenes ilícitamente obtenidas buscando ventajas sexuales: sería una

⁵¹ Aunque es un estudio prepandemia, es de interés el estudio de DE STEFANO, V.; DURRI, I.; STYLOGIANNIS, C. y WOUTERS, M., *Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*, Documento de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo 1 (febrero 2020), accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_736237.pdf (consultado el 08/01/2021). Con posterioridad a la pandemia, ha llamado la atención sobre los riesgos laborales del teletrabajo relacionados con la violencia de género POYATOS MATAS, G., "COVID y perspectiva ...", obra citada, págs. 199 a 202.

sextorsión). También la agresión puede no tener componente sexual, sino solo sexista (*sexist hate speech o gendered hate speech*).

- 3^a. La tercera de esas situaciones obedece a que, si el trabajo a distancia se presta en el domicilio, coinciden los espacios físicos en los cuales se realiza el trabajo y se desarrolla la violencia doméstica. Aunque aún es pronto para disponer de datos fiables que permitan conocer exactamente el alcance del problema, aparenta bastante evidente el riesgo de una intensificación de la violencia doméstica si ambos cónyuges o miembros de la pareja conviven más tiempo juntos en el domicilio común.

Todas estas situaciones existen en la realidad ordinaria de la vida y se ven posibilitadas si el trabajo es a distancia y, muy especialmente, si se trata de teletrabajo. En consecuencia, no sorprende que en el RDL 28/2020 (dentro del artículo 4, epigrafiado como “*igualdad de trato y oportunidades y no discriminación*”) se establezca, en su artículo 4.4.I, que, de conformidad con lo previsto en la normativa aplicable, las empresas deberán tener en cuenta las particularidades del trabajo a distancia, especialmente del teletrabajo, en la configuración y aplicación de medidas contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo, acoso por causa discriminatoria y acoso laboral; y, en su artículo 4.4.II, que, en la elaboración de medidas para la protección de las víctimas de violencia de género, deberán tenerse especialmente en cuenta, dentro de la capacidad de actuación empresarial en este ámbito, las posibles consecuencias y particularidades de esta forma de prestación de servicios en aras a la protección y garantía de derechos sociolaborales de estas personas⁵².

4. Las consecuencias sociales, laborales y económicas derivadas de la enfermedad y/o de las medidas para combatirla

Hay un tercer acercamiento a las consecuencias de la enfermedad y/o de las medidas para combatirla, y se puede reducir en apenas dos palabras: crisis económica, que ya está aquí, pero sus resultados todavía no se aprecian en todo su alcance. En la cual también aparece la óptica de género pues no es difícil identificar determinadas profesiones feminizadas a las cuales afectara sobre manera la crisis económica. Pensemos en la alta feminización del comercio, el turismo y la hostelería. Las empleadas de hogar es otro sector afectado al que no siempre llegan las ayudas públicas.

En general, las mujeres ocupan trabajos más precarios y peor remunerados: son una mayoría muy elevada en el trabajo a tiempo parcial (en España, alrededor del 75%), y en muchos trabajos de temporada fijos discontinuos (en Galicia, en las conserveras), y el

⁵² Sobre estas disposiciones, más ampliamente ver LOUSADA AROCHENA, J.F., “Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación; prevención del acoso y la violencia de género; riesgos de exposición a pantallas de visualización)”, en *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre* (dirs.: SAGARDOY DE SIMÓN, I. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.), Editorial Dykinson (Madrid, 2021).

porcentaje de mujeres en empleos temporales es superior al de hombres. Previsiblemente, los empleos más precarios sufrirán más las consecuencias de la crisis económica, y de nuevo sobre ello alertan todos los organismos de igualdad.

Paradójicamente, todos estos trabajos precarios están más expuestos al contagio que otros mejor remunerados económicamente y valorados socialmente. Se ha llamado la atención sobre lo paradójico de que las mujeres de la limpieza siguen yendo a trabajar a diario, con el consiguiente riesgo para su salud que otros empleados de esas mismas empresas no corren, o lo hacen un mucha menor medida; también los trabajadores varones equiparados que se dedican, por ejemplo, a la limpieza de ventanas y que estos días están exonerados de hacerlo; ellas no, siguen limpiando pomos, barandillas, interruptores de la luz, baños, para mayor tranquilidad de los que tienen que trabajar *in situ* y de los que están en sus casas dirigiendo al personal; sin duda, estas mujeres tienen un riesgo añadido⁵³.

4.1. Subsidio extraordinario para las empleadas de hogar

Los esfuerzos legislativos realizados para salir al paso del impacto adverso de la crisis sobre colectivos feminizados tienen bastantes claros, pero también bastantes oscuros. Esto se puede apreciar paradigmáticamente con una de las medidas más claramente dirigidas a un colectivo feminizado. Nos estamos refiriendo al desempleo para las empleadas de hogar introducido en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, en concreto artículos 30 a 32. Medida desde luego muy positiva pero también con aspectos oscuros⁵⁴.

En primer lugar, porque es un subsidio extraordinario (así es cómo lo denomina la norma) que solo se concede a las personas que, estando de alta en el Sistema Especial de Empleados del Hogar antes de la entrada en vigor del estado de alarma (14/03/2020), se encuentren en una de las siguientes situaciones: (1) Hayan dejado de prestar servicios, total o parcialmente, con carácter temporal, a fin de reducir el riesgo de contagio, por causas ajenas a su voluntad, en uno o varios domicilios y con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19. (2) Se haya extinguido su contrato de trabajo por la causa de despido recogida en el artículo 49.1.k) del Estatuto de los Trabajadores o por el desistimiento del empleador o empleadora, en los términos previstos en el artículo 11.3 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar, con motivo de la crisis sanitaria del COVID-19.

En segundo lugar, porque estos hechos causantes deben acaecer antes del levantamiento del estado de alarma y un mes más (disp. fin. 12^a RDL).

⁵³ GARCÍA RUBIO, M.P., "Perspectiva de género en la pandemia del COVID-19", *Hablemos de Feminismo – Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/perspectiva-de-genero-en-la-pandemia-del-covid-19-por-maria-paz-garcia-rubio-catedratica-de-derecho-civil-de-la-universidad-de-santiago-de-compostela/) (consultado el 08/01/2021).

⁵⁴ Sobre este subsidio extraordinario, véase SANZ SÁEZ, C., "Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. 67-68.

En tercer lugar, porque la cuantía del subsidio será el resultado de aplicar un porcentaje del setenta por ciento a la base reguladora diaria constituida por la base de cotización del empleado de hogar correspondiente al mes anterior al hecho causante, dividida entre 30, y no podrá ser superior al Salario Mínimo Interprofesional, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias. Con lo cual, y dado que los salarios son reducidos en este sector (el salario bruto medio del personal doméstico es inferior al salario bruto medio de todas las ramas de actividad; las jornadas son mayormente a tiempo parcial⁵⁵), el porcentaje reducirá aún más la compensación económica a la persona trabajadora.

En cuarto lugar, porque no cubre a las empleadas de hogar (permítasenos utilizar el femenino) que no estuvieran dadas de alta en seguros sociales, siendo un sector con un grado muy alto de informalidad.

Resumiendo, estamos ante una medida plausible, pero insuficiente y temporal, de modo que la situación precaria de las personas empleadas de hogar, mayoritariamente mujeres, sigue todavía pendiente de resolución.

4.2. Ausencia de perspectiva de género en medidas de apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables

Mayores críticas merecen otros aspectos del RDL 11/2020 pues, siendo plausibles en un análisis neutro, sin embargo, olvidan totalmente la perspectiva de género. Se trata de una serie de medidas mayormente de corte civilista, dirigidas al apoyo a trabajadores, consumidores, familias y colectivos vulnerables, haciendo especial hincapié en aquellos que más lo necesitan: la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional (artículo 1), la prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda habitual (artículo 2), la moratoria de la deuda arrendaticia para personas arrendatarias de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica (artículos 3 y 4), las medidas de apoyo al alquiler con líneas de avales públicos (artículo 9), la moratoria de las deudas hipotecarias para la adquisición de la vivienda habitual, o la moratoria para otros créditos y préstamos no hipotecarios que tengan las personas en situación de vulnerabilidad económica, particularmente los créditos al consumo (artículos 16 y siguientes). Pues bien, como ha puesto de manifiesto la mejor doctrina científica⁵⁶, en las definiciones de vulnerabilidad contenidas en la norma a diversos efectos (en el artículo 5: definición de la situación de vulnerabilidad económica a efectos de obtener moratorias o ayudas en relación con la renta arrendaticia de la vivienda habitual; en el artículo 16: definición de vulnerabilidad económica a los efectos de la moratoria hipotecaria y del crédito de financiación no hipotecaria; y en el artículo 18: definición de la situación de vulnerabilidad económica y acreditación derivadas de los contratos de crédito sin garantía hipotecaria)

⁵⁵ El salario bruto medio total para el personal doméstico es un 58,9% inferior al salario medio de todas las ramas de la actividad, y además un 51,6% de las personas empleadas en el hogar lo están a jornada parcial. Datos tomados de POYATOS MATAS, G., "COVID y perspectiva ...", obra citada, pág. 192.

⁵⁶ GARCÍA RUBIO, M.P., "De nuevo, la crisis ...", obra citada.

no hay alusión directa alguna a la perspectiva de género, a pesar del carácter de principio informador del ordenamiento jurídico español que el artículo 4 de la LOIHM reconoce al principio de igualdad entre hombres y mujeres, cuando es que muchas de estas personas y muchos de estos hogares vulnerables son mujeres o están sustentados por mujeres; así sucederá en la gran mayoría de los casos de familias monoparentales, particularmente vulnerables también desde el punto de vista económico, y en personas ancianas que viven solas, asimismo mayoritariamente mujeres, o en las que viven dos o más ancianos y en los que también de modo principal la cuidadora es una mujer, y no hubiera estado de más que la norma aludiera directamente a este tipo de familias.

4.3. Compatibilidad del subsidio por cuidado de menor y prestación por desempleo o cese de actividad durante la permanencia del estado de alarma

Seguimos dentro del RDL 11/2020 para encontrar una solución, en este caso satisfactoria, a una cuestión puntual en materia de Seguridad Social, cuál es la relativa a la compatibilidad o incompatibilidad del subsidio por cuidado de menor y prestación por desempleo o cese de actividad durante la permanencia del estado de alarma. Pues bien, la problemática se resuelve de manera satisfactoria a favor de la compatibilidad en la disposición adicional 22^a del RDL 11/2020:

"Durante la permanencia del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, que vinieran percibiendo los trabajadores por cuenta ajena a 14 de marzo de 2020, no se verá afectado por la suspensión del contrato y reducción de jornada que tengan su causa en lo previsto en los artículos 22 y 23 del Real Decreto 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19"

Se ocupa la norma de precisar adicionalmente la manera en que ello se cohonesta con la solicitud de un ERTE⁵⁷, así como de extenderles la compatibilidad que establece a los trabajadores por cuenta propia⁵⁸.

⁵⁷ Así lo expresa la norma: "En estos casos, el expediente de regulación temporal de empleo que tramite el empresario, ya sea por suspensión de contratos o reducción temporal de la jornada de trabajo, solo afectará al trabajador beneficiario de este subsidio en la parte de la jornada no afectada por el cuidado del menor. Será, por tanto, compatible el percibo del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, con la percepción de la prestación por desempleo que como consecuencia de la reducción de la jornada, afectada por un expediente de regulación temporal de empleo, pudiera tener derecho a percibir. A tal efecto, la empresa al tiempo de presentar la solicitud, indicará las personas que tengan reducida la jornada de trabajo como consecuencia de ser titular del subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, señalando la parte de la jornada que se ve afectada por el expediente de regulación temporal de empleo. Durante el tiempo que permanezca el estado de alarma no existirá obligación de cotizar, teniéndose el periodo por cotizado a todos los efectos".

⁵⁸ Y es que lo dispuesto "será de aplicación a los trabajadores autónomos que vinieran percibiendo el subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave a 14 de marzo de 2020".

Aunque la literalidad de la disposición adicional 22^a se refiere a situaciones generadas con anterioridad a 14 de marzo de 2020, se ha apuntado con razón que, a pesar de la literalidad de la norma, este derecho debe entenderse extendido a las situaciones que pudieran generarse con posterioridad al 14 de marzo de 2020, siempre que se cumplan las restantes condiciones establecidas por la DA 22 RD-L 11/2020, pues debe integrarse la perspectiva de género y de la infancia por su doble impacto (nota al pie: las mujeres son quienes mayoritariamente usan este derecho y los sujetos causantes son menores) y evitar interpretaciones restrictivas del derecho⁵⁹.

4.4. El ingreso mínimo vital en perspectiva de género

Una medida plausible impulsada por el Gobierno es el Real Decreto Ley 20/2020 de 29 de mayo, por el que establece el ingreso mínimo vital, con una regulación que sí que ha integrado la perspectiva de género de una manera bastante satisfactoria, aunque no esté exenta de alguna carencia.

1º. La regulación ha integrado la perspectiva de género, en primer lugar, cuando se suavizan las exigencias para ser persona beneficiaria o para ser titular del ingreso mínimo vital a las mujeres víctimas de violencia de género o víctimas de trata de seres humanos y explotación sexual, así:

- (1) cuando vivan solas o cuando comparten domicilio con una unidad de convivencia sin integrarse en ella, no se les exigirá el cumplimiento de los requisitos (exigidos con carácter general) de tener al menos 23 años y menos de 65, estar unidas a otra por vínculo matrimonial o como pareja de hecho, o no formar parte de otra unidad de convivencia (artículo 4.1);
- (2) no se las excluye del beneficio aun si son usuarias de prestación de servicio residencial, de carácter social, sanitario o sociosanitario, con carácter permanente y financiada con fondos públicos (artículo 4.2);
- (3) no se les aplica la edad mínima exigida de 23 años en el supuesto de no integrarse la persona en una unidad de convivencia, sino que basta con que sean mayores de edad, esto es mayores de 18 años (artículo 5.2.II);
- (4) a los efectos del requisito de acceso consistente en tener residencia legal y efectiva en España y haberla tenido de forma continuada e ininterrumpida durante al menos el año inmediato anterior a la fecha de presentación de la solicitud, se las exceptúa de ese plazo (artículo 7.1);
- (5) a los efectos del requisito de acceso de que, cuando las personas beneficiarias formen parte de una unidad de convivencia, esta esté constituida de forma continuada durante al menos el año anterior a la presentación de la solicitud, se las exceptúa de ese plazo (artículo 7.3).

⁵⁹ POYATOS MATAS, G., "COVID y perspectiva ...", obra citada, pág. 184.

No se exige la inscripción como demandante de empleo, lo que supone la diferencia más sustancial entre la regulación del ingreso mínimo vital y la regulación de la renta activa de inserción contemplada en el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, en relación con el Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

En todos los casos, la acreditación de víctima de violencia de género se hará por cualquiera de los medios establecidos en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, y la de víctima de trata de seres humanos y de explotación sexual a través de un informe emitido por los servicios públicos encargados de la atención integral a estas víctimas o por los servicios sociales, o por cualquier otro medio determinado reglamentariamente (artículo 19.6). La quiebra de protección es la violencia oculta debido al miedo o reticencia a denunciar⁶⁰, que, en lo que ahora se nos interesa destacar, impide o dificulta el acceso al ingreso mínimo vital⁶¹.

- 2º. La regulación ha integrado la perspectiva de género, en segundo lugar, cuando se valora la monoparentalidad, situación marcadamente feminizada, para elevar la cuantía del ingreso mínimo vital pues a la cuantía mensual derivada de la suma de la cuantía establecida en el caso de una persona individual más un 30% de cada miembro adicional a partir del segundo hasta un máximo del 220%, se sumará un complemento de monoparentalidad equivalente a un 22% por ciento de la cuantía establecida en el caso de una persona beneficiaria (artículo 10.2.c).
- 3º. A estas situaciones donde se aparece el impacto de género de una manera muy directa, se debe añadir el impacto de género más difuso, pero no por ello menos importante, derivado de la feminización de la pobreza, con lo cual es muy previsible que el ingreso mínimo vital sea un ingreso marcadamente feminizado, y así es como lo ha previsto el propio Gobierno. De ahí que, con razón, se haya afirmado⁶² que, si se gestiona por las administraciones públicas correctamente, existe financiación suficiente y se realizan con rigor los servicios de inspección y control para evitar fraudes, la renta mínima vital favorecería fundamentalmente a mujeres y sus hijos/as que se encuentran en situación de pobreza y exclusión social, suponiendo una forma más de lucha contra la desigualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, contra la brecha salarial, aumentando las posibilidades de acceder a educación y mercado laboral por más mujeres.

⁶⁰ Siguiendo el contenido de la Macroencuesta en 2019 elaborada por el Observatorio de Violencia de Género, de las mujeres que han padecido violencia física o sexual solo un 32% presentó denuncia, https://observatorioviolecia.org/wp-content/uploads/Macroencuesta2019_Estudio_completo.pdf.

⁶¹ Esta crítica en JIMENO JIMÉNEZ, F., "El ingreso mínimo vital en hogares unipersonales", *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, vol. V, núm. 2, 2020, págs. 77-93.

⁶² Por POLLOS CALVO, C., "Mujeres y el ingreso mínimo vital. Repercusión en la violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9669, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2020, Wolters Kluwer.

Pero los estereotipos de género siempre encuentran resquicios donde se pueden infiltrar para acabar generando situaciones de desigualdad. Al respecto, la circunstancia (inusual en nuestro Sistema de Seguridad Social) de distinguir entre personas beneficiarias (artículo 4) y personas titulares del ingreso mínimo vital (artículo 5) obliga a establecer que “en el supuesto de que en una unidad de convivencia existieran varias personas que pudieran ostentar tal condición, será considerada titular la persona a la que se le reconozca la prestación solicitada en nombre de la unidad de convivencia” (artículo 5.3). No siendo muy difícil concluir que, debido a la distribución de roles de género en las unidades de convivencia, serán hombres quienes asuman la condición de titulares con su consiguiente empoderamiento dentro de la unidad de convivencia, quedando relegadas las mujeres a la condición de personas beneficiarias. Saliendo al paso de los supuestos donde este efecto perjudicial para las mujeres resulta más inicuo, el RDL 3/2021, de 2 de febrero, ha modificado el RDL 20/2020 para establecer (en un nuevo artículo 6 bis) que tendrán la consideración de personas beneficiarias que no se integran en una unidad de convivencia, o en su caso, de personas beneficiarias integradas en una unidad de convivencia independiente, aquellas que, conviviendo en el mismo domicilio con otras con las que mantuvieran alguno de los vínculos previstos para constituir una unidad de convivencia, estén en supuestos de violencia de género, separación, nulidad o divorcio, o ruptura de pareja de hecho, o en supuestos de desahucio o de inhabitabilidad del domicilio⁶³.

Una última precisión se debe realizar, y tiene que ver más que con la regulación legal, con su ejecución práctica, pues las dificultades administrativas de implementación del ingreso mínimo vital están generando aspectos oscuros y no pocas frustraciones sobre una normativa que, en principio, es beneficiosa en general, y (no obstante algunas carencias imprevistas) desde una perspectiva de género en particular.

5. ... Y dos conclusiones

Todo lo expuesto solo ha pretendido ser una mera aproximación general, en ocasiones construida sobre datos provisionales, al análisis en perspectiva de género sobre las consecuencias de la enfermedad, del confinamiento y de la crisis subsiguiente y la respues-

⁶³ Artículo 6 bis. Situaciones especiales. 1. Tendrán la consideración de personas beneficiarias que no se integran en una unidad de convivencia, o en su caso, de personas beneficiarias integradas en una unidad de convivencia independiente, aquellas personas que convivan en el mismo domicilio con otras con las que mantuvieran alguno de los vínculos previstos en el artículo 6.1, y se encontrarán en alguno de los siguientes supuestos: (a) Cuando una mujer, víctima de violencia de género, haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o de menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. (b) Cuando con motivo del inicio de los trámites de separación, nulidad o divorcio, o de haberse instado la disolución de la pareja de hecho formalmente constituida, una persona haya abandonado su domicilio familiar habitual acompañada o no de sus hijos o menores en régimen de guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente. En el supuesto de parejas de hecho no formalizadas que hubieran cesado la convivencia, la persona que solicite la prestación deberá acreditar, en su caso, el inicio de los trámites para la atribución de la guarda y custodia de los menores. (c) Cuando se acredite haber abandonado el domicilio por desahucio, o por haber quedado el mismo inhabitable por causa de accidente o de fuerza mayor, así como otros supuestos que se establezcan reglamentariamente. En los supuestos previstos en los párrafos (b) y (c) únicamente cabrá la consideración como unidad independiente a que se refiere el presente apartado durante los tres años siguientes a la fecha en que se hubieran producido los hechos indicados en cada una de ellas.

ta dada por la normativa antipandemia dictada en España. Algunos aspectos solo han sido apuntados, otros apenas desarrollados, y en general todos merecen una profundidad que la provisionalidad del momento impide alcanzar. Nuestro estudio tampoco ha pretendido ser exhaustivo, algo también difícil de conseguir en este momento en que, por los avatares de la pandemia, los poderes públicos siguen legislando sobre la materia, con continuos cambios. Y hay cuestiones de gran importancia dejadas en el tintero, como las situaciones de discriminación múltiple interseccional (las mujeres mayores o con discapacidad, por poner dos ejemplos claros, han sufrido especialmente las consecuencias de la pandemia). Unas líneas de investigación que seguramente serán exploradas por la doctrina científica.

Pero nada de ello nos impide extraer dos conclusiones seguras: la pandemia pone en riesgo el nivel de igualdad de género alcanzado con anterioridad, pero también es oportunidad de mejora si los poderes públicos introducen la perspectiva de género en el corazón de la reconstrucción.

Bibliografía

- AGUSTÍ MARAGALL, J. "Las excepcionales "medidas de conciliación laboral" en el artículo 6 del RDL 8/2020: Comentario de urgencia"; *Revista Jurisdicción Social*, núm. 209, 2009, págs. 14 a 24 (accesible en: <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2020/03/Revista-Social-MARZO-2020.pdf>) (consultado el 08/01/2020).
- CASAS BAAMONDE, M.E. "Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres", *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2019.
— "El carácter preferente del trabajo a distancia en el estado de alarma y en la crisis sanitaria", *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 7, Julio 2020.
- CORTÉS BORDOY, J. "Embarazo, recién nacido y COVID-19", *Medicina balear*, vol. 35, núm. 3, págs. 35-38.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. "Trabajo a distancia y teletrabajo: una perspectiva de género"; *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 1, núm. 3: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/LABOS/article/view/5547/4115> (consultado el 08/01/2020).
- DE STEFANO, V.; DURRI, I.; STYLOGIANNIS, C. y WOUTERS, M. *Actualización de las necesidades del sistema: Mejora de la protección frente al ciberacoso y a la violencia y el acoso en el mundo del trabajo posibilitados por las TIC*, Documento de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo 1 (febrero 2020), accesible en https://www.ilo.org/wcms-sp5/groups/public/-/-ed_protect/-/-protrav/-/-travail/documents/publication/wcms_736237.pdf (consultado el 08/01/2021).
- EUROFOUND, *Living, working and COVID-19*, COVID-19 series, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2020, accesible en <https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2020/living-working-and-covid-19> (consultado el 08/01/2020).
- FALGUERA BARÓ, M. *La legislación laboral durante el estado de alarma*, versión actualizada a 31/12/2020 (facilitada por el autor), y a la versión anterior de 16/05/2020

se puede acceder en <https://www.cograsova.es/blog/archivos/8935> (consultado el 08/01/2020).

FARRÉ, L. y GONZÁLEZ, L. *Las tareas domésticas y el cuidado de los hijos durante el confinamiento, una labor asumida principalmente por las mujeres*, Observatorio Social de la Caixa (Septiembre 2020), accesible en <https://observatoriosocialallacaixa.org/-/las-tareas-domesticas-y-el-cuidado-de-los-hijos-durante-el-confinamiento-una-labor-asumida-principalmente-por-las-mujeres> (consultado el 08/01/2020).

FERNÁNDEZ GALIÑO, M.D. "Igualdad, conciliación familiar y corresponsabilidad", en la "Videoconferencia: Derechos sociales, ciudadanía y COVID-19", accesible en <https://www.fundacionibercaja.es/videoconferencia-derechos-sociales-ciudadania-y-covid-19> (consultado a 08/01/2021).

— "Cuidar a quien nos cuida", https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/articulo-de-la-valedora-do-pobo-dolores-fernandez-galino-cuidar-a-quien-nos-cuida-publicado-en-el-especial-del-dia-25-de-julio-en-el-periodico-el-correo-gallego/ (consultado el 08/01/2021).

GARCÍA RUBIO, M.P. "Perspectiva de género en la pandemia del COVID-19", *Hablemos de Feminismo - Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/perspectiva-de-genero-en-la-pandemia-del-covid-19-por-maria-paz-garcia-rubio-catedratica-de-derecho-civil-de-la-universidad-de-santiago-de-compostela/) (consultado el 08/01/2021).

— "De nuevo, la crisis del COVID-19 desde una perspectiva de género", *Hablemos de Feminismo - Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/de-nuevo-la-crisis-del-covid-19-desde-una-perspectiva-de-genero-por-maria-paz-garcia-rubio-catedratica-de-derecho-civil-universidad-de-santiago-de-compostela/) (consultado el 08/01/2021).

JIMENO JIMÉNEZ, F., "El ingreso mínimo vital en hogares unipersonales", *e-Revista Internacional de la Protección Social (e-RIPS)*, vol. V, núm. 2, 2020.

LOPEZ BALAGUER, M. "La voluntariedad del trabajo a distancia en el RDL 28/ 2020: ¿es el derecho al trabajo a distancia por conciliación una excepción?", *El Foro de Labos*, https://forodelabos.blogspot.com/2020/10/la-voluntariedad-del-trabajo-distancia.html?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+ElForoDeLabos+%28El+Foro+de+Labos%29 (consultado el 08/01/2021).

LORENTE ACOSTA, M. "Violencia de género en tiempos de pandemia y confinamiento", *Revista española de Medicina Legal*, 46(3), págs. 139-145, accesible en <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-espanola-medicina-legal-285-pdf-S0377473220300250> (consultado el 08/01/2020).

LOUSADA AROCHENA, J.F. "El derecho a la adaptación de la jornada de trabajo con finalidad de conciliación (artículo 34.8 del ET)", *Actum Social*, núms. 149-150, 2019.

— "El teletrabajo en la legislación de emergencia antipandemia", *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, 30/11/2020.

— "Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación; prevención del acoso y la violencia de género; ries-

- gos de exposición a pantallas de visualización)", en *Puntos críticos en relación al teletrabajo (tras el RDL 28/2020, de 22 de septiembre)* (dirs.: SAGARDOY DE SIMÓN, I. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.), Editorial Dykinson (Madrid, 2021).
- "Prevención de riesgos en el trabajo a distancia (reconocimiento del derecho y modulaciones en su aplicación; prevención del acoso y la violencia de género; riesgos de exposición a pantallas de visualización", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 14, 2021 (descargable gratuitamente en <https://www.dykinson.com/revisitas/revista-derecho-social-y-empresa/prevencion-de-riesgos-en-el-trabajo-a-distancia/9141/>; (consultado el 28/04/2021).
- MARTÍNEZ YAÑEZ, N.M. "Por una reconstrucción del mercado de trabajo con perspectiva de género", *Hablemos de Feminismo – Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/por-una-reconstruccion-del-mercado-de-trabajo-con-perspectiva-de-genero-por-nora-maria-martinez-yanez-profesora-contratada-doctora-acreditada-a-titular-de-derecho-del-trabajo-y-de-la-seguridad-soc/) (consultado el 08/01/2021).
- MOLINA NAVARRETE, C. "Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías, derechos y quimeras", *Revista de Trabajo y Seguridad Social – CEF*, núm. 441, 2019.
- OLMO GASCÓN, A.M. *Aspectos estructurales y coyunturales en la crisis del empleo femenino en la etapa COVID*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2020).
- POYATOS MATAS, G. "Mujeres y COVID-19", *Hablemos de Feminismo – Falemos de Feminismo*, página web de la Valedora do Pobo de Galicia (accesible en https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/mujeres-y-covid-19-por-gloria-poyatos-matas-magistrada-especialista-de-la-sala-de-lo-social-del-tribunal-superior-de-justicia-de-canarias/) (consultado a 08/01/2021).
- "COVID y perspectiva de género, infancia y adolescencia. Conciliación de la vida laboral y familiar. Teletrabajo. Violencia de género", en *Derecho laboral y de Seguridad Social COVID-19 (Un manual para juristas de trinchera)*, Editorial Bomarzo (Albacete, 2020).
- POLLOS CALVO, C. "Mujeres y el ingreso mínimo vital. Repercusión en la violencia de género", *Diario La Ley*, núm. 9669, Sección Tribuna, 8 de Julio de 2020, Wolters Kluwer.
- RENGER, E. Evelyn, Declaraciones en Prensa <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/20200406IPR76610/covid-19-medidas-contra-la-violencia-domestica-durante-el-confinamiento> (consultado el 08/01/2021).
- ROSELL AGUILAR, M.V. Declaraciones en El País, <https://elpais.com/sociedad/2020-11-23/la-pandemia-nos-esta-llevando-a-un-peor-trato-institucional-a-las-victimas.html> (consultado el 08/01/2021).
- SANZ SÁEZ, C. "Sobre el subsidio extraordinario para las empleadas de hogar en la crisis del COVID-19", *Trabajo y Derecho*, núm. 67-68.
- VALLS LLOBET, C. *Mujeres invisibles para la Medicina (Desvelando nuestra salud)*, (edición revisada), Ediciones Capitán Swing (Madrid, 2020).

¿Avances en la lucha contra la discriminación salarial por razón de sexo?*

Progress in the fight against wage discrimination based on sex?

RAQUEL POQUET CATALÁ **

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

ORCID ID: 0000-0001-9606-8832

Recibido: 9/3/2021

Aceptado: 26/3/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6138>

Resumen. En este trabajo se realiza un análisis de la discriminación salarial por razón de sexo y de la normativa dictada al efecto de combatir dicha diferenciación y alcanzar la igualdad retributiva. Para ello, se realiza un estudio de la normativa existente, tanto a nivel internacional, como comunitario y nacional, así como de los diferentes tipos de discriminación existentes, esto es, directa e indirecta, con sus manifestaciones prácticas a través de la doctrina judicial. Adicionalmente, se analizan los factores más habituales que inciden en la creación de situaciones discriminatorias para la mujer trabajadora en materia salarial. Y, finalmente, se estudian las medidas establecidas recientemente por el legislador para hacer frente a dichas situaciones.

Palabras clave: discriminación salarial; igualdad retributiva; discriminación directa; discriminación indirecta; mujer trabajadora.

Abstract. In this work, it is carried out an analysis of wage discrimination based on sex and the regulations issued to combat such differentiation and achieve equal pay. For this, it is realized a study of the existing regulations, both at the international, community and national level, as well as the different types of existing discrimination, that is, direct and indirect, with its practical manifestations through judicial doctrine. Additionally, it is studied the most common factors that influence the creation of discriminatory situations for working women in terms of wages. And, finally, it is studied the measures recently established by the legislator to deal with these situations.

Keywords: Wage discrimination; equal pay; sex; direct discrimination; indirect discrimination; woman worker.

*Trabajo finalista del Premio 8M convocado por la Asociación Española de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Evaluación del original efectuada por la Comisión de Igualdad de la AEDTSS.

**Raquel.poquet@uv.es

1. Introducción

La aprobación del RD 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, pone de manifiesto la necesidad de intervenir en un ámbito muy concreto para continuar en el camino hacia la igualdad retributiva, concretamente, en el sistema de clasificación profesional, pues es constatada la existencia de una diferencia salarial entre personas trabajadoras varones y personas trabajadoras mujeres prestando un trabajo de igual valor. La práctica corrobora que la discriminación salarial por razón de sexo aún pervive, tanto directa como indirecta. Como dice la doctrina “la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio (...) la que afecta al mayor número de personas y la más primaria, porque siempre se añade a las demás discriminaciones”¹.

Esta brecha salarial es definida por la Comisión Europea² como “la diferencia existente entre los salarios percibidos por los trabajadores de ambos性, calculada sobre la base de la diferencia media entre los ingresos brutos por hora de todos los trabajadores”. Como indica la doctrina, la brecha salarial “refleja la segregación horizontal (que margina a muchas mujeres en actividades de escasa valoración social o en modalidades contratuales precarias) y vertical (en la promoción y en la carrera profesional). Es medidor de estereotipos (fundamentalmente vinculados al cuidado familiar), de infravaloraciones e hipervaloraciones así como de discriminaciones ocultas”³.

Así lo confirman los datos estadísticos cuando según datos del INE⁴ las mujeres tienen un salario medio anual de 20.051,58€, mientras los hombres llegan a 25.992,76€. Con ello, el salario medio anual femenino representa el 77,1% del masculino. El 18,2% de las mujeres tiene ingresos salariales menores o iguales que el Salario Mínimo Interprofesional (SMI), frente al 7,4% de los hombres. Concretamente, dentro de los salarios más elevados, el 9,8% de los hombres presenta unos salarios cinco veces o más superiores al SMI, frente al 5,0% de las mujeres. Por su parte, las personas trabajadoras con ganancia baja (ganancia por hora por debajo de los 2/3 de la ganancia media), representan el 16,7% del total, de las cuales el 65,5% son mujeres. En función del grupo profesional, se constata que la desigualdad en las remuneraciones no sólo es mayor en las categorías mejor remuneradas y puestos de mayor responsabilidad, sino que además aumenta en el extremo máximo de la distribución salarial. De esta forma, la discriminación por razón de sexo en los puestos directivos de la población está en torno al 40% (el doble que la discriminación de género total). En el 1% máximo (directores/as ejecutivos/as) representa más del 50%, es decir, los hombres en puestos de dirección ejecutiva perciben el doble de salario que sus compañeras.

¹ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid. McGraw-Hill, 1995. p. 1.

² COMISIÓN EUROPEA, *La brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, 2014. Disponible en <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality>

³ BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2018. p. 19.

⁴ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. “Brecha salarial y científica de género”, en *Boletín Igualdad Empresa*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2018. Disponible en http://www.igualdad-en-la-empresa.es/novedades/boletin/docs/BIE_44_Brecha_salarial_y_cientifica_de_genero.pdf

Además, según datos de la OIT⁵, los países con los niveles más bajos de desigualdad salarial se encuentran en el grupo de países de ingreso alto, mientras que los niveles más elevados de desigualdad salarial se registran en el grupo de países de ingreso bajo y mediano. Entre los países de ingreso alto, la desigualdad salarial más baja la registra Suecia, y la más alta, Chile. Entre los países de ingreso bajo y mediano, Sudáfrica y Namibia cuentan con la desigualdad más alta, mientras que Armenia y Mongolia registran la desigualdad más baja.

Ello se observa también en el hecho de que, muchas veces, las mujeres perciben una retribución inferior a la de los hombres por trabajos del mismo valor, aun cuando los trabajos requieran los mismos requisitos en cuanto a habilidades, cualificación y experiencia, pues la infravaloración de las competencias y habilidades que se precisan para el desarrollo de determinados trabajos que tradicionalmente vienen desempeñando las mujeres lleva a que éstas estén situadas en los niveles más bajos de la clasificación profesional. En contraposición, se produce una sobrevaloración de los puestos de trabajo que ocupan los hombres y que se traducen en mejores salarios y mayores asignaciones de pluses y complementos, y esta sobrevaloración del trabajo masculino aparece también cuando los hombres se adentran en profesiones tradicionalmente desempeñadas por mujeres.

De cualquier forma, cabe precisar que la menor valoración del trabajo desempeñado por las mujeres se produce en la asignación de pluses y complementos salariales, pues éstos se aplican en mayor medida en puestos ocupados en su mayoría por hombres, en atención a la penosidad derivada del empleo de la fuerza física o a la toxicidad, circunstancias que no son tenidas en cuenta en puestos feminizados, cuando en éstos también se dan dichas situaciones.

La discriminación en la retribución es causa y efecto de la discriminación profesional de la mujer, produciéndose fenómenos como la segregación o feminización de los trabajos y la imposición de techos al ascenso profesional de las mujeres. Por ello, el principio de igualdad de retribución por razón de sexo constituye un elemento básico para la eliminación de las discriminaciones que pesan sobre el colectivo femenino⁶.

De ahí, la necesidad de aplicar el principio de transparencia retributiva, que según el art. 3 RD 902/2020, es definido como “aquel que, aplicado a los diferentes aspectos que determinan la retribución de las personas trabajadoras y sobre sus diferentes elementos, permite obtener información suficiente y significativa sobre el valor que se le atribuye a dicha retribución”. Este principio de transparencia retributiva tiene por objeto la identificación de discriminaciones, tanto directas como indirectas, y, especialmente, las debidas a incorrectas valoraciones de puestos de trabajo, “lo que concurre cuando desempeñado un trabajo de igual valor de acuerdo con los artículos siguientes, se perciba una retribución inferior sin que dicha diferencia pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y sin que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios”. Para

⁵ BASE DE DATOS ESES, *Informe mundial sobre salarios 2018/2019*, OIT, 2019.

⁶ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., “Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la STJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence)”, *RL*, núm. 12, 2005 (versión on line)

garantizar dicho principio se crea el registro retributivo y la auditoría salarial, aspectos que, con posterioridad, se analizarán.

2. Marco normativo

El primer antecedente se sitúa en el Convenio núm. 100 de la OIT sobre igualdad de remuneración⁷, cuyo art. 2 obliga a garantizar la aplicación a todas las personas trabajadoras del “principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor”. El acogimiento de este principio reviste una especial relevancia por cuanto la igualdad debe realizarse no sólo en los puestos de trabajo iguales, sino en los puestos de trabajo diferentes a los que se les reconoce igual valor, con lo que se trata de combatir con determinadas formas de discriminación indirecta. En el fondo, esta formulación amplia del principio parte del reconocimiento de que la amplitud de segregación entre los puestos masculinos y femeninos constituye el obstáculo más importante para una aplicación válida del principio de igualdad de remuneración⁸.

A nivel europeo, la erradicación de la discriminación salarial es un objetivo fundamental en la consecución del principio de igualdad entre mujeres y hombres. Así, el art. 119 del Tratado de Roma⁹ establece la igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores que realizan el mismo trabajo, prohibiendo la discriminación salarial por razón de sexo. En el mismo sentido, el Protocolo 14 del Tratado de Maastricht recoge el principio de igualdad de trato salarial sin discriminación por razón de sexo y legitima la adopción de “medidas que prevean ventajas concretas destinadas a facilitar a las mujeres el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar algún impedimento en sus carreras profesionales”, lo que vienen a ser las denominadas acciones positivas. Los arts. 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea consagran el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres como uno de los valores y tareas esenciales de la Unión, y los arts. 8 y 10 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establecen que, en todas sus acciones, la UE se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad, y luchar contra toda discriminación por razón de sexo. El art. 157 TFUE establece el principio de no discriminación retributiva entre hombres y mujeres, especificando que ello requiere igualdad retributiva por trabajo de igual valor. A su vez, el art. 157.2 TFUE precisa lo que se entiende por retribución a tales efectos. También, el art. 141 Tratado de Ámsterdam garantiza el “principio de igualdad de retribución entre trabajadoras y trabajadores para un mismo trabajo o para trabajos de igual valor”.

Es con la Directiva 75/117/CEE¹⁰ cuando se incorpora formalmente el principio de igual retribución por trabajo de igual valor, ya que ésta define el concepto de igualdad retri-

⁷ De 29 de junio de 1951, ratificado por España el 6 de noviembre de 1967.

⁸ AA.VV., *Evaluación de tareas*. Ginebra: OIT, 1986. p. 152.

⁹ De 25 de marzo de 1957. Literalmente, su apartado 1 establece que “cada Estado Miembro deberá asegurar que se aplica el principio de igual retribución para hombres y mujeres cuando éstos desempeñan trabajos iguales o de igual valor”.

¹⁰ De 10 de febrero, relativa al acercamiento de las legislaciones de los Estados miembros por lo que se refiere a la aplicación del principio de igualdad de remuneración entre trabajadores masculinos y femeninos.

butiva como igual retribución para un trabajo igual o un trabajo al que se atribuye un mismo valor. La Directiva 2006/54/CE¹¹ establece que para un mismo trabajo o para un trabajo al que se atribuye un mismo valor, se eliminará la discriminación directa e indirecta por razón de sexo en el conjunto de los elementos y condiciones de retribución, y particularmente, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, este sistema se basará en criterios comunes a las personas trabajadoras de ambos性, y se establecerá de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo.

Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹² establece en su art. 23 que “la igualdad entre mujeres y hombres deberá garantizarse en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que supongan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

El Código Práctico sobre la aplicación de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres para un trabajo de igual valor¹³, ante las insuficiencias en la legislación salarial, se presenta como una medida concreta y útil encaminada a colmar dichas deficiencias, ayudando a gobiernos, empresas y representantes de personas trabajadoras a establecer unos sistemas retributivos que respeten mejor el principio de igualdad salarial. La Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015¹⁴ se basa en las prioridades de la Carta de la Mujer, siendo una de ellas la igualdad de salario por trabajo igual y trabajo de igual valor.

Y más, recientemente, el Parlamento Europeo ha adoptado varias resoluciones¹⁵ sobre la igualdad de retribución entre hombres y mujeres con recomendaciones sobre cómo aplicar mejor el principio de igualdad de retribución, con medidas de transparencia retributiva y sistemas de evaluación y clasificación de empleos no discriminatorios con respecto al sexo. En sus Conclusiones de 6 de diciembre de 2010 sobre el refuerzo del compromiso de eliminar las diferencias de retribución y la intensificación de las medidas a tal efecto, y sobre el examen de la aplicación de la Plataforma de Acción de Pekín¹⁶, el Consejo ha invitado a los Estados miembros a implantar medidas para hacer frente a las causas de las diferencias salariales entre hombres y mujeres, especialmente las que promuevan la transparencia salarial y unos sistemas de evaluación y clasificación de empleos no discriminatorios con respecto al empleo. Como fruto, la Recomendación 2014/124/UE¹⁷ facilita una serie de orientaciones dirigidas a los Estados miembros para ayudarlos a aplicar mejor y de forma más eficaz el principio de igualdad de retribución, con el fin de luchar contra las discriminaciones en materia de retribución y contribuir a hacer frente a la diferencia de retribución entre hombres y mujeres haciendo hincapié en la transparencia salarial. Dicha

¹¹ De 5 de julio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación.

¹² De 7 de diciembre de 2000, Niza.

¹³ Resolución de 12 de junio de 1997.

¹⁴ De 21 de septiembre de 2010.

¹⁵ De 18 de noviembre de 2008, y de 24 de mayo de 2012.

¹⁶ De 18 de diciembre de 2010.

¹⁷ De 7 de marzo, de refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia.

recomendación establece que los Estados debían optar por, al menos, una de las siguientes medidas: (i) derecho individual a la información retributiva de los niveles salariales desglosada por género (promedios) a requerimiento del trabajador y la trabajadora; (ii) atribución del derecho a esta información con carácter periódico, en beneficio de las personas trabajadoras y de sus representantes, en las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras; (iii) obligación de que las empresas de al menos doscientas cincuenta personas trabajadoras elaboren auditorías salariales (con promedios retributivos y análisis de sistemas de valoración de los puestos) que deben ponerse a disposición de los y las representantes; (iv) garantía de que la cuestión de la igualdad de retribución, en particular las auditorías salariales, se debata en el nivel adecuado de la negociación colectiva.

De cualquier forma, la doctrina judicial comunitaria ya dio a este derecho una perspectiva mucho más social conforme a la cual se tratase también de la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los pueblos europeos, al fijar que “de este doble objetivo, económico y social, se desprende que el principio de igualdad de retribución forma parte de los fundamentos de la Comunidad”¹⁸. Así, admitió que si bien formalmente podría entenderse el art. 119 del Tratado como dirigido en exclusiva a los Estados, la prohibición de discriminación entre trabajadores y trabajadoras “se extiende asimismo a todos los convenios que tienen por objeto regular, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena, así como a los contratos entre particulares”¹⁹.

Por otro lado, según se desprende de la doctrina judicial comunitaria, el TJUE ha aceptado la diferencia de retribución entre una mujer y un hombre que desempeñen un trabajo de igual valor cuando ésta está basada en los siguientes criterios: productividad (casos Danfoss y Royal Copenhagen), movilidad (casos Danfoss y Royal Copenhagen), formación (caso Danfoss), antigüedad (casos Danfoss y Nimz), trabajo a tiempo parcial (casos Kowalska, Boetel, Rinner-Kuhn, Bilka y Helming), acuerdos en convenios colectivos (casos Enderby y Kowalska), o fuerzas del mercado. El TJUE²⁰ ha declarado que el criterio de flexibilidad de horarios y lugares de trabajo se puede aplicar en la valoración de puestos de trabajo si es importante para el cumplimiento de tareas específicas, pero no si el criterio se refiere a la calidad del trabajo que el trabajador o trabajadora desempeñe.

Asimismo, la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 establece los objetivos estratégicos y las acciones clave de la Comisión Europea para este período 2020-2025 en materia de igualdad entre hombres y mujeres, entre las que se encuentra garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral, incluyendo la eliminación de la brecha retributiva de género.

A nivel nacional, destaca, en primer lugar, nuestra norma fundamental, en cuyo art. 9.2 encomienda a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, así como en su art. 14 consagra la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo. Descendiendo al ET, éste reconoce en el art. 4.2 c) como derecho básico de las personas trabajadoras el no ser discriminado directa o

¹⁸ STJUE 43/75, de 8 de abril de 1976, asunto Defrenne II

¹⁹ STJUE 284/02, de 18 de noviembre de 2004, asunto Sass.

²⁰ SSTJUE 96/80, de 31 de marzo de 1981, asunto Jenkins; 184/89, de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz.

indirectamente para el empleo o una vez empleados, por razones de sexo. Asimismo, el art. 17.1 ET declara nulos y sin efecto los “preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que den lugar en el empleo, así como en materia de retribuciones, jornada y demás condiciones de trabajo, a situaciones de discriminación directa o indirecta desfavorables por razón de edad o discapacidad o a situaciones de discriminación directa o indirecta por razón de sexo”. El art. 28 obliga a la empresa “a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquella”, y el art. 22.3 establece que “la definición de los grupos profesionales se ajustará a criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1”.

De hecho, fue la LO 3/2007²¹ la que reguló de forma expresa la igualdad en todos los ámbitos, y especialmente en el laboral, entre mujeres y hombres, garantizando la igualdad y la prohibición de discriminación tanto directa como indirecta por razón de sexo²² y regulando las acciones positivas con el fin de adoptar medidas específicas a favor de las mujeres para corregir situaciones de desigualdad con respecto de los hombres. Como novedad incorporó los planes de igualdad que han de elaborar las empresas como compromiso de las mismas con la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres a través de la aplicación de medidas de igualdad que lleven a la eliminación de posibles desigualdades.

Posteriormente, el RDL 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, configura un sistema que mejora lo establecido en la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014, y que combina varias de las opciones establecidas en dicho texto, pues el sistema español de registro retributivo permite el acceso de la representación legal de las personas trabajadoras a la información retributiva desglosada y promediada en todas las empresas, y no solo en aquellas con al menos cincuenta personas trabajadoras como establece la recomendación. Asimismo, la auditoría salarial, que en la recomendación se refiere a las empresas de al menos doscientas cincuenta personas trabajadoras, en la norma española se aplica a todas las empresas que tienen la obligación de tener planes de igualdad que, una vez transcurridos los plazos transitorios establecidos en el RDL 6/2019 alcanzará en España a todas las empresas de al menos cincuenta personas trabajadoras.

²¹ De 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

²² El art. 6 define la discriminación directa e indirecta. Así “se considera discriminación directa por razón de sexo 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. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

3. Tipos de discriminación

3.1. Discriminación directa

El art. 6 LOIEMH define los dos tipos de discriminación existentes, esto es, directa e indirecta. Su apartado 1 –en consonancia con el art. 2.1 a) c²³– define la discriminación directa por razón de sexo como “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”. Se trata, como indica la doctrina²⁴ del “primer peldaño de la prohibición de discriminación, absolutamente básico y fundamental y, por tanto, inderogable”, esto es, el “núcleo fundamental de la interdicción de la discriminación por razón de sexo”²⁵.

De dicha definición, la doctrina²⁶ extrae los siguientes elementos. Por un lado, se constituye como un concepto bilateral en torno a la discriminación directa, pues señala cuando “una persona”, sea una mujer o un hombre. En segundo lugar, se requiere un tratamiento desfavorable al indicar “sea, haya sido o pudiera ser tratada, de manera menos favorable”. En tercer lugar, se requiere un elemento comparativo cuando remarca “que otra en situación comparable”. Y, por último, debe exigir un elemento causal, esto es, “en atención a su sexo”.

No obstante, este concepto jurídico aséptico basado en el sexo sin añadidos socioculturales²⁷ genera un obstáculo que ha dado lugar a muchos conflictos y problemas en versión judicial, principalmente en materia retributiva, pues el principio de igual retribución por igual trabajo permitió, en aquellos momentos, erradicar las dobles escalas salariales asignando a la misma categoría profesional dos retribuciones distintas según el sexo, siendo la de las mujeres considerablemente inferior a la de los hombres. Su denuncia era imposible cuando no había posibilidad de comparación al estar mujeres y hombres en distintas categorías profesionales.

De ahí, la necesidad de establecer un principio de igual retribución por “trabajo de igual valor” permitiendo de esta forma comparar trabajos de dos categorías profesionales que se encuentran ocupadas, por imposición, exclusivamente una por hombres y otra por mujeres –discriminación directa–, o que se encuentran, por motivos socioculturales, ocupadas mayoritariamente una por hombres y otra por mujeres –discriminación indirecta–, con la consiguiente ampliación de los ámbitos de la comparación aunque los trabajos sean distintos, dando lugar a la “concepción flexible del término de comparación”²⁸.

²³ De 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición).

²⁴ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a...* op. cit.

²⁵ SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por razón de sexo”, en RIDAURA MARTÍNEZ, J.; AZNAR GÓMEZ, M., (Coords.) *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 365.

²⁶ SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo*. Madrid: CES, 1994. p. 56.

²⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014 (versión on line)

²⁸ QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

Un claro ejemplo de este tipo de discriminación retributiva directa se halla en la STJUE Caso *McCarthy's Ltd.*²⁹ cuando una trabajadora recibía una retribución inferior a la percibida por el varón que ocupaba con anterioridad el mismo puesto; o cuando se abona la cotización a un régimen profesional de pensiones a través de un complemento del salario que se reconoce a los varones siempre y a las mujeres sólo desde los 25 años³⁰; cuando los subsidios familiares se pagan a todos los varones y solo a las mujeres cuyo esposo sea incapaz o gane menos del salario mínimo³¹; cuando el salario bruto se reduce a las funcionarias casadas con otros funcionarios en cuanto el salario conjunto de ambos supere determinado techo³²; cuando las trabajadoras, en trabajos de producción con un valor superior, cobran menos que un varón almacenero³³; o cuando las mujeres nunca están en situación de devengar una indemnización complementaria por despido³⁴.

En este sentido, la doctrina judicial comunitaria³⁵ recuerda que “la igualdad de retribución debe garantizarse no solo en función de una apreciación global de las gratificaciones concedidas a los trabajadores, sino también a la vista de cada elemento de la retribución considerado aisladamente”. Y a efectos de la comparación, señala que debe estarse a “la naturaleza del trabajo efectivamente realizado”, sin que la integración en la misma categoría profesional suponga igualdad de trabajos o de su valor.

En España, un claro ejemplo de discriminación salarial directa se halla en el caso *Avón*, donde la discriminación se basa en la segregación de sexos en dos categorías con salarios diferentes. El TC³⁶ anuló la STCT que consideró un reclamo de trabajo de igual valor como conflicto de intereses no judicializable.

En la jurisdicción ordinaria, los ejemplos más claros de discriminación salarial directa se encuentran en casos donde se declara discriminatorio un plus de convenio derivado de un anterior plus de asistencia³⁷, un plus de asiduidad³⁸, con cantías diferentes para hombres y mujeres, o en la misma estructura del salario, donde el de los hombres era un salario base superior al de las mujeres, y aunque éstas cobraban la diferencia a través de un plus de compensación, el diferente tratamiento a efectos de absorción y compensación entre el salario base y los pluses salariales determinaba la existencia de la desigualdad³⁹. Así también sucede con una retribución extrasalarial consistente en un subsidio familiar con diferentes requisitos de acceso para los varones trabajadores, donde se requería estar casados, con o sin hijos, y convivir con su esposa, o ser viudos o separados legalmente con hijos a cargo, y otros diferentes aplicables a las mujeres trabajadoras, para las cuales se requería ser viudas o separadas legalmente con hijos a cargo⁴⁰.

²⁹ De 27 de marzo de 1980, C-129/1979.

³⁰ STJUE de 11 de marzo de 1981, C-69/1980, asunto *Worringham*.

³¹ STJUE de 9 de junio de 1982, C-58/1981, Comisión contra Luxemburgo.

³² STJUE de 18 de septiembre de 1984, C-23/1983, asunto *Liefting*.

³³ STJUE de 4 de febrero de 1988, C-157/1986, asunto *Murphy*.

³⁴ STJUE de 17 de febrero de 1993, C-173/1991, asunto Comisión contra Bélgica.

³⁵ STJUE de 26 de junio de 2001, C-381/1999, asunto *Brunnhofer*.

³⁶ STC 145/1992, de 13 de octubre.

³⁷ STCT de 17 de junio de 1986.

³⁸ STCT de 22 de julio de 1986.

³⁹ STCT de 17 de julio de 1986.

⁴⁰ STS de 1 de diciembre de 1987.

Posteriormente, la doctrina judicial ha hallado un supuesto de doble escala salarial en la medida en que “la empresa demandada retribuye el trabajo de los hombres como peón collar a razón de 724 pesetas/hora, y el de las mujeres que prestan idénticos servicios a razón de 602 pesetas/hora”⁴¹, así como un supuesto donde se niega el plus de calidad a una camarera, plus que venía siendo abonado a sus compañeros varones, alegando la empresa que esa situación provenía de una concesión anterior⁴². Asimismo, se ha estimado discriminatorio aplicar a la trabajadora la absorción de un complemento salarial cuya absorción no se aplicaba a sus compañeros masculinos⁴³, o cuando un complemento personal que, atendiendo al promedio abonado a las trabajadoras, era inferior al promedio abonado a los trabajadores, sin que la empleadora hubiera justificado la expuesta diferencia en criterios objetivos⁴⁴.

Asimismo, la doctrina judicial⁴⁵ se ha pronunciado en un caso donde una mujer trabajadora había percibido durante diversos años unas retribuciones sustancialmente inferiores a la de los otros cuatro responsables de departamento, todos ellos varones, cuando todos ellos y ella ocupaban el mismo puesto, con idéntica categoría. Ante esta situación la empresa no pudo aportar una justificación objetiva y razonable, alegando únicamente, que los diferentes departamentos tienen cometidos y responsabilidades diferentes, justificación que el órgano judicial calificó de sinsentido.

3.2. Discriminación indirecta

La discriminación indirecta, tal y como indica el art. 6.2 LOIEMH –en consonancia con el art. 2.1b) Directiva 2006/54/CE–, es aquella “situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

Según el TC, la discriminación directa es “aquel tratamiento diferenciado perjudicial en razón del sexo donde el sexo sea objeto de consideración directa”, mientras que la indirecta comprende “aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las consecuencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tratamientos formalmente iguales o tratamientos razonablemente desiguales tienen sobre los trabajadores de uno u otro sexo a causa de la diferencia de sexo”⁴⁶.

Los elementos configuradores de este tipo de discriminación son, por un lado, la existencia de una medida aparentemente neutra adoptada por una empresa. En segundo lugar, el impacto adverso que tiene dicha medida sobre un colectivo determinado. En

⁴¹ STSJ Comunidad Valenciana, de 28 de septiembre de 1999, rec. núm. 2354/1999.

⁴² STSJ Canarias, de 21 de diciembre de 2006, rec. núm. 485/2003.

⁴³ STSJ Madrid, de 26 de febrero de 2007, rec. núm. 170/2007.

⁴⁴ STS de 22 de abril de 2014, rec. núm. 2191/2013.

⁴⁵ STSJ Andalucía, de 14 de febrero de 2018, rec. núm. 2089/2017.

⁴⁶ STC 145/1991, de 1 de julio.

tercer lugar, la categorización de ese colectivo dentro de los colectivos protegidos por la prohibición de discriminación. Y por último, la ausencia de una justificación de la medida ajena a la causa de discriminación de que se trate⁴⁷.

El primer elemento hace referencia a aquellos tratamientos formalmente no discriminatorios, pero de los que se derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre las personas de distinto sexo, consecuencias desiguales perjudiciales para uno de dichos colectivos. En este sentido, se estima el criterio del esfuerzo o fuerza física como elemento “sospechoso (...) como único criterio de valoración, por lo que tiene de calidad predominantemente masculina, que determina, en principio, que no se trate de un criterio de valoración sexualmente neutral, sino que implica una ventaja injustificada para los varones, admitiendo no obstante, aunque con un carácter muy restrictivo, su posible operabilidad”⁴⁸.

El segundo elemento, referido al impacto adverso se traduce en una categorización de los trabajos femeninos como trabajos de “menor valor” que los masculinizados, utilizando para establecer las diferentes categorías profesionales criterios en sí mismos discriminatorios. Los perjuicios también pueden ser de carácter económico, consistiendo en la menor retribución económica para las profesiones realizadas generalmente por las mujeres y una más elevada para los puestos ocupados tradicionalmente por los hombres, o puede tratarse de la asignación de un complemento o ayuda económica aparejados exclusivamente a ciertos puestos de trabajo desempeñados casi totalmente por hombres⁴⁹.

En cuanto al tercer elemento referido a la justificación, se ha analizado el criterio de la “fuerza” o “fatiga muscular”, entendiendo que una remuneración proporcional al grado de esfuerzo físico de la función a desempeñar, pese a que genera en la práctica una nivel salarial más elevado para hombres que para mujeres no puede entenderse contrario a la Directiva 75/117, sobre el principio de igualdad en las remuneraciones salariales entre las personas trabajadoras masculinas y femeninas, si el desempeño del trabajo exige objetivamente un empleo mayor de la fuerza física. De esta misma forma, el TC⁵⁰ ha admitido que el criterio del esfuerzo físico puede ser tenido en cuenta en el acceso al empleo, pero supeditado a la doble condición de que dicho factor sea un elemento esencial en la tarea de que se trate y de que en la valoración de ésta no se tenga en cuenta el esfuerzo físico como criterio único de valoración, sino que se combine con otras características más neutras en cuanto a impacto en cada uno de los sexos.

La doctrina judicial comunitaria ha tenido ocasión de pronunciarse en diversos casos. Por un lado, en un contexto de no transparencia del sistema de retribución de la empresa, admite realizar una comparativa global “a partir de un número relativamente importante de personas trabajadoras por cuenta ajena”, de la cual deduce una retribución media de las trabajadoras mujeres de cuantía inferior a la retribución media de los trabajadores varones⁵¹. En otro caso, la comparativa lo es entre categorías de logopedas, en su mayoría mu-

⁴⁷ LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a... op. cit.*

⁴⁸ STC 250/2000, de 30 de octubre.

⁴⁹ SERRA CRISTÓBAL, R., “La discriminación indirecta por... op. cit.

⁵⁰ STC 250/2000, de 30 de octubre.

⁵¹ STJUE de 17 de octubre de 1989, C-109/1988, Asunto Danfoss.

idores, y categoría de farmacéuticos, en su mayoría hombres, sujetos a distintos convenios colectivos. El TJUE considera que “no basta, para justificar objetivamente la diferencia de retribución entre dos funciones del mismo valor (...) alegar el hecho de que las respectivas retribuciones de estas dos funciones se determinaron mediante procesos de negociación colectiva diferentes pese a participar en ellos las mismas partes, y cada una de los cuales, considerado por separado, no tienen en sí mismo efecto discriminatorio”⁵².

En otro caso, el TJUE va más allá del ámbito estrictamente empresarial, y considera que la comparación puede tener un carácter supraempresarial, en la medida en que estima que “el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras es aplicable también cuando la retribución se fija a través de negociaciones colectivas o de negociaciones de ámbito local”, aunque matizó que “no obstante, el órgano jurisdiccional nacional puede tomar en consideración dicha circunstancia a la hora de apreciar si las diferencias entre las retribuciones medias de dos grupos de trabajadores se deben a factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”⁵³. No obstante, esta comparación no se ha admitido en empresas implicadas en procesos de externalización, señalando que las desigualdades de retribución prohibidas en el art. 157 TFUE “son imputables a una única causa”, pues, en caso contrario, “falta una entidad que sea responsable de la desigualdad y que pudiera restablecer la igualdad de trato”⁵⁴.

En el ámbito nacional y en materia retributiva, se encuentra el ejemplo tipo en el caso del Hospital Gregorio Marañón, situación donde existía una diferencia retributiva establecida en convenio colectivo entre la categoría profesional de peón, ocupado mayoritariamente por hombres, y la categoría profesional de limpiadores, ocupada mayoritariamente por mujeres, cuando ambas categorías profesionales realizaban trabajos manuales considerados de igual valor. El TC⁵⁵ afirma que “la noción de discriminación indirecta (...) 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 otro sexo a causa de la diferencia de sexo”.

El TC se refiere en dicho caso al esfuerzo físico como factor de diferenciación considerándolo receptor de “valores correspondientes a los rasgos medios de trabajadores de un solo sexo para determinar en qué medida un trabajo exige esfuerzo u ocasiona una fatiga o es físicamente penoso”, produciendo en el caso discriminación, porque se “corresponde única y exclusivamente con un estándar del trabajador varón”. Además, se refiere a la sumisión de los convenios colectivos a las exigencias de la jerarquía normativa “de modo que han de ceder, necesariamente, ante el derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución”⁵⁶.

⁵² STJUE de 27 de octubre de 1993, C-127/1992, Asunto Enderby.

⁵³ STJUE de 31 de mayo de 1995, C-400/1993, Asunto Royal Copenhagen.

⁵⁴ SSTJUE de 17 de diciembre de 2001, C-320/2000, Asunto Lawrence; de 13 de enero de 2004, C-256/2001, Asunto Allonby.

⁵⁵ STC 145/1991, de 1 de julio.

⁵⁶ STC 145/1991, de 1 de julio.

En sentido similar, el caso Antonio Puig⁵⁷ analiza, pero con mayor detenimiento, el criterio del esfuerzo físico como criterio de diferenciación retributiva, admitiéndolo solo “si se acredite de forma indubitable que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien, que se trate de un elemento esencial en esta, siendo preciso, aún en estos casos, que se combinen con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar”, circunstancias excepcionales que no se daban en el caso. El TC considera que el esfuerzo físico como criterio de diferenciación es un criterio sexista, de modo que la prohibición de discriminación por sexo en materia salarial también se ignora cuando se produce una hipervaloración de trabajos en los que sólo han sido tomados en consideración a efectos salariales rasgos inherentes a uno de los性os, en detrimento del otro.

Posteriormente, analiza el caso Galletas Fontaneda⁵⁸, supuesto criticado, donde el departamento de producción, ocupado por hombres, percibía una retribución superior al departamento de empaquetado, ocupado por mujeres, diferencia justificada por la mayor responsabilidad y concentración de las tareas de producción. El TC solo consideró discriminatoria esa inferior retribución de las mujeres empaquetadoras destinadas al departamento de producción, supuesto propio de una discriminación salarial directa. Como indica la doctrina⁵⁹, con este caso, el TC da un paso atrás en la línea jurisprudencial establecida por el caso Gregorio Maraón, ya que no aprecia la discriminación indirecta de la clasificación de funciones dentro de la empresa en atención al sexo, pese a que el departamento de producción, integrado casi en su totalidad por hombres, recibe un salario base diario superior al departamento de envasado, preferentemente integrado por mujeres.

En el caso Gomaytex⁶⁰ vuelve a su anterior línea, y el TC analiza los criterios de esfuerzo y penosidad. No obstante, en el caso del Convenio colectivo de manipulación y envasado de agrios de Murcia⁶¹ considera un “intenso” esfuerzo físico con “riesgo dorsolumbar” como justificativo de las diferencias retributivas apreciables en las tareas masculinizadas⁶². Señala el TC que “no cabe partir de que el esfuerzo físico sea un criterio de valoración absolutamente rechazable sin fisuras”, ya que puede encontrar oportunidad su aplicación cuando las concretas circunstancias de un determinado caso así lo requieran, y este es el caso en que, por primera vez, justifica el recurso al esfuerzo físico como criterio de clasificación, pues queda claramente justificado el esfuerzo físico intenso y sus posibles riesgos en “razón del permanente manejo por quien realice funciones de carga y descarga de camiones y apilado de cargas de 20 kilos de peso, por el riesgo dorsolumbar que la constante exigencia física que esa actividad entraña”.

Por su parte, la doctrina judicial, superado el estadio de admitir únicamente la distribución retributiva directa, considera también discriminaciones indirectas cuando se

⁵⁷ STC 58/1994, de 28 de febrero.

⁵⁸ STC 286/1994, de 27 de octubre.

⁵⁹ REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a... op. cit.*

⁶⁰ STC 147/1995, de 16 de octubre.

⁶¹ STC 250/2000, de 30 de octubre.

⁶² RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “Feminización de tareas y masculinización de valoraciones”, *RL*, núm. 3, 2001. p. 1.

aprecia un trabajo igual o de igual valor y la diferencia no presente justificación suficiente, no valiendo al efecto la diferencia de funciones⁶³, criterios subjetivos⁶⁴, el esfuerzo físico⁶⁵, la individualización de las cuantías⁶⁶, la diferencia de categorías⁶⁷, el manejo de vehículos⁶⁸, u otras tareas prohibidas a mujeres⁶⁹, la exclusión del convenio colectivo⁷⁰, o la actitud general de la empresa en su compromiso con la igualdad sexual⁷¹.

También se han encontrado pronunciamientos más recientes, donde se ha considerado discriminación salarial la práctica empresarial de no abonar el plus voluntario variable y absorbible a las trabajadoras con nivel salarial IV, facturistas y camareras de piso, y sí a los trabajadores en el mismo nivel aparentemente neutra relacionadas con determinadas categorías de personas trabajadoras, ostentadas por mujeres, que las sitúa en una posición de desventaja con otras categorías del mismo nivel retributivo, ocupadas

⁶³ STSJ Madrid, de 15 de octubre de 1991, donde se considera discriminatorio el tratamiento retributivo diferente en orden a las gratificaciones extraordinarias cuando trabajadores hombres y trabajadoras mujeres “realizan unas funciones que representan trabajos de igual valor como corresponde a la misma categoría que tienen, y al mismo nivel retributivo en cuanto a salario base y plus convenio”.

⁶⁴ STSJ Cataluña, de 14 de septiembre de 1992, donde “la demandante tiene la misma categoría profesional que sus compañeros varones, desempeña funciones similares e incluso uno de ellos es subordinado suyo, pero percibe una remuneración muy inferior (...) (por un) llamado complemento de mejora de empresa (que) contempla conceptos tan incorrectos como solución de problemas, iniciativa, colaboración, innovación y dedicación no medidos con arreglo a unos criterios objetivos o de rendimiento, sino puramente subjetivos de la dirección de la empresa y que por extraña coincidencia siempre son inferiores en el caso de la demandante”.

⁶⁵ STSJ Cataluña, de 13 de julio de 1993, donde las diferencias obedecen a “un concepto retributivo, el plus de conocimientos especiales, que es percibido en sus niveles más altos por los varones, mientras que el colectivo de mujeres (que junto con aquellos comparten la común categoría de especialistas) se les adjudica los niveles inferiores del baremo retributivo de dicho complemento”, cuando es que “no responde tanto a unos conocimientos especiales que la empresa no valora (sino con un carácter meramente residual, no significativo), cuanto al esfuerzo físico como variante fundamental”.

⁶⁶ STSJ País Vasco, de 10 de octubre de 1995, rec. núm. 1417/1995, que señala que aunque el complemento salarial “varía de una persona a otra, incluso aunque efectúen el mismo trabajo y tengan idéntica categoría, concurre la circunstancia de que su importe en el caso de cualquiera de los varones, es superior al más alto de los asignados a las mujeres, pese a que estas realicen un trabajo de igual valor”.

⁶⁷ STSJ Andalucía, de 29 de diciembre de 1995, rec. núm. 1307/1995, en un caso donde el “menor salario percibido por las trabajadoras actoras frente a los trabajadores que realizan un trabajo equivalente o de igual valor (se deriva de su clasificación) no como limpiadoras sino como mozos, sin que medie una justificación objetiva y razonable de la desigualdad salarial”. En sentido similar, SSTSJ País Vasco, de 1 de julio de 1999; Madrid, de 30 de octubre de 2009, rec. núm. 4259/2009, donde una trabajadora realiza las mismas funciones que un compañero trabajador, tienen las mismas responsabilidades, y la empresa se basa simplemente en el hecho de que tienen diferentes categorías para dar un tratamiento salarial diferente.

⁶⁸ STSJ Navarra, de 9 de junio de 1997, donde se considera discriminación retributiva cuando las trabajadoras ostentan “la categoría de especialistas, cometido que es realizado en el almacén y cuyas funciones consisten en el empaquetamiento de pedidos, confección de éstos, proveyéndose para ello de las piezas colocadas en las distintas estanterías, así como barrido de la fábrica (mientras) los trabajadores masculinos que ostentan la misma categoría que las trabajadoras y que también realizan sus servicios en el almacén, realizan el manejo de las carretillas y elevadoras, sin que las trabajadoras tengan acceso al manejo de maquinaria por decisión empresarial”.

⁶⁹ STSJ Canarias, de 29 de octubre de 1999, donde “la equiparación salarial (...) se rompe a través de una decisión unilateral del empresario que atribuye en exclusiva a los hombres ciertas tareas que pueden realizar las mujeres, y que determinan una diferencia de retribución; e incluso reconoce un complemento de calidad a parte del colectivo de hombres sin que exista una justificación fáctica suficiente para ello”.

⁷⁰ STSJ Castilla-La Mancha, de 29 de junio de 2000, rec. núm. 544/1999, donde “reclaman las actoras, pues son todas ellas mujeres, las diferencias de retribución entre las que venían percibiendo, y las que corresponderían a la categoría de trabajos idénticos, conforme al convenio colectivo del ayuntamiento demandado, tal y como por ejemplo, la categoría de operarios de limpieza”, justificando las diferencias el ayuntamiento en las peculiaridades de la contratación.

⁷¹ STSJ Cataluña, de 23 de noviembre de 2000, rec. núm. 5683/2000, donde se constata que “las trabajadoras de categoría de oficial primera no perciben la misma cantidad en concepto de plus de empresa que los hombres de su misma categoría”.

preferentemente por hombres⁷². Así también la creación en el convenio colectivo de una nueva categoría profesional, la de peón b), que es ocupada mayoritariamente por mujeres y cuyas funciones son comparables y de igual valor a las de especialista, este último mejor retribuidas “no siendo suficiente la afirmación de que la norma se pactó a los efectos de persecución de unos fines lícitos en principio neutros y ajenos a la discriminación como viabilidad empresarial, conservación y creación de empleo...sin que en el caso de autos ningún elemento permita concluir que esa creación de categoría peón b) (...) constituya una medida efectivamente necesaria ni justificada por razones objetivas diferentes a una situación de discriminación, sino que tan solo responde al hecho cierto y real de que para un mismo puesto se retribuye en cuantía inferior a las mujeres”⁷³. Asimismo, también se ha enjuiciado la autonomía o responsabilidad, concretamente “un plus voluntario, no vinculado expresamente a circunstancia laboral o prestacional alguna (...) con unas cantidades significadamente inferiores en los departamentos integrados exclusivamente por mujeres (10,37 €/mes por persona en el de pisos) respecto a las que otorga en los departamentos mayoritariamente ocupados por hombres (118,42 y 168,19 €/mes en cocina y bares, respectivamente)”, apreciando una clara discriminación indirecta pues “la autonomía o la responsabilidad (...) carecen aquí de significación al respecto porque el segundo (la responsabilidad), sin mayores precisiones, es decir, en lo que puede entenderse como la necesidad de cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia como uno de los deberes básicos de los trabajadores (artículo 5 del ET), es obviamente predecible y exigible en cualquier prestación laboral; y el primero (la autonomía), tratándose en todos los casos de servicios por cuenta ajena, y a salvo de cualquier otra circunstancia o explicación más razonable, no parece que puedan servir para justificar la importante diferencia retributiva detectada por la autoridad laboral”⁷⁴.

4. Variables de la brecha salarial

La brecha salarial entre hombres y mujeres ya no se halla, en la actualidad, generalmente, en la diferente retribución por un trabajo igual, sino que, ahora, la diferencia retributiva es mucho más compleja al desaparecer las manifestaciones externas de la discriminación, aun a pesar de pervivir los estereotipos sexistas sobre el valor del trabajo femenino. Por ello, la necesidad de actuar desde diferentes planos. Básicamente, se pueden agrupar en tres los factores que suponen una desigualdad salarial, cuales son, la segregación ocupacional, horizontal y vertical; los criterios de atribución de valor a cada tipo de trabajo, esto es, ordenación de ocupaciones, tareas y especialidades; división sexual del trabajo y falta de corresponsabilidad en el ámbito familiar.

⁷² STSJ Canarias, de 30 de junio de 2008, rec. núm. 834/2007. Así también la STSJ País Vasco, de 30 de abril de 2019, rec. núm. 638/2019.

⁷³ STSJ Galicia, de 29 de mayo de 2014, rec. núm. 523/2014.

⁷⁴ STS de 14 de mayo de 2014, rec. núm. 2328/2013.

4.1. Segregación ocupacional

La segregación ocupacional hace referencia a la tendencia de que existe una mayor presencia de personas trabajadoras varones en unos sectores o ramas de actividad, profesiones o puestos, mientras que en otros sectores o puestos predominan las personas trabajadoras mujeres. En definitiva, y como es de sobra conocido, existen sectores feminizados y otros masculinizados. En general, las mujeres suelen estar más presentes en el sector servicios, sanidad o educación, mientras que en el sector industrial o técnico especializado predominan los hombres⁷⁵. En pocas palabras, la segregación horizontal, la cual se alimenta, en cierta forma, de la percepción de las mujeres de que en determinadas profesiones masculinizadas sufrirán mayor discriminación, tendrán menos posibilidades profesionales o se podrán encontrar con un clima de trabajo hostil⁷⁶. De ahí, la necesidad de actuar mediante políticas educativas, coeducativas y de promoción contra la segregación horizontal, además de políticas laborales antidiscriminatorias.

Por su parte, la segregación vertical es la que resulta de la mayor presencia masculina en puestos de más alto nivel y más exigentes formativa y profesionalmente, o que impliquen mando, jefatura o responsabilidad. Es lo que se denomina también “techo de cristal”⁷⁷, que expresa las dificultades a las que se hallan las mujeres para poder promocionar y seguir en la carrera profesional.

De hecho, si se analizan los datos estadísticos sobre las áreas de estudio, se puede observar como el porcentaje de mujeres en sectores relacionados con la sanidad, atención, cuidado o educación es mayor en relación con los hombres, sectores que tienen peor inserción laboral, más paro, peores contratos y salarios más bajos⁷⁸. Al igual que corroboran los estudios sobre las grandes cifras a nivel mundial, ni el éxito académico ni la mejor preparación o nivel formativo de las mujeres son garantía de acceso al mercado en condiciones de igualdad. Sin embargo, según el INE la proporción de mujeres que tienen empleo en relación con la población en edad de trabajar es menor a la de los hombres (43,10 % frente a 54,60 %), siendo mayor la proporción de mujeres con formas atípicas, irregulares o informales de empleo o más vulnerables⁷⁹; y una trayectoria laboral con más interrupciones.

⁷⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres 2020 (datos 2019)*. Madrid: MTS, 2020. Disponible en <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercadotrabajo-estatal-mujeres.html>

⁷⁶ BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por...* op. cit.p. 20.

⁷⁷ DE HARO FERNÁNDEZ, A. M., “Heroínas y mercenarias. La violencia económica de género a través de su reflejo en la literatura inglesa”, *Violencia desenfocada IV. Dinero. Cuarta edición de las Jornadas de estudio, reflexión y opinión sobre violencia*. Sevilla, 2008. p. 174. Actualmente también se hace referencia a “suelo pegajoso” o “techo de cemento”, CEBRIÁN I.; MORENO, G.E, “Desigualdades de género en el mercado laboral”, *Panorama Social*, núm. 27, 2018. p. 47.

⁷⁸ MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES. *Inserción laboral de los egresados universitarios, curso 2013-2014 (análisis hasta 2018)*. Madrid: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019. Disponible en https://www.ciencia.gob.es/stfls/MICINN/Universidades/Ficheros/Estadísticas/INFORME_INSERCIÓN_2013_14.pdf

⁷⁹ SÁEZ LARA, C., “OIT 100 años: la participación de las mujeres en el mercado de trabajo”, en AA.VV, *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: ponencias*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 2019. p. 135.

4.2. Minusvaloración del trabajo femenino

Este segundo factor hace referencia a la diversidad de la clase de trabajo, de sus exigencias formativas, profesionales y de cualificación. Ello se refleja, en la práctica, en la ordenación jerarquizada de los puestos de trabajo, niveles, profesiones o especialidades que se instrumenta a través de los sistemas de clasificación profesional; y en la determinación de la estructura y composición de los salarios⁸⁰.

De esta forma, en primer lugar, son los sistemas de clasificación profesional los que ocultan una importante brecha salarial, pues, a pesar de que ya no se aprecian categorías profesionales en femenino o en masculino, se observa que la mayor parte de las estructuras profesionales de los convenios colectivos optan por el “sistema global”, sistema muy genérico e impreciso a la hora de definir el contenido de los diferentes grupos o niveles profesionales. Ello se traduce en un mayor margen de discrecionalidad para la empresa, y en una mayor dificultad para detectar arbitrariedades o desigualdades⁸¹. No obstante, además, junto a esa imprecisión, en la definición de las estructuras profesionales de los convenios colectivos, y aún a pesar de la tendencia a utilizar términos neutros, aún subsisten sesgos sexistas en los descriptores de los grupos, especialidades y funciones⁸².

La incorrecta valoración de los puestos de trabajo está íntimamente ligado con las percepciones de los sujetos en torno a la valoración del trabajo realizado por mujeres y hombres debido a la desigual asignación de valor del trabajo, interiorizada en el aprendizaje social. Ello halla su razón, entre otras, en estereotipos que tradicionalmente han infravalorado los trabajos desarrollados por mujeres⁸³.

A ello, cabe adicionar la “opacidad retributiva”, con unas estructuras salariales opacas y ausentes de información disponible sobre los niveles salariales de las personas trabajadoras. Esta opacidad retributiva se manifiesta tanto en la configuración del convenio por la empresa de las retribuciones variables de diferente naturaleza cuya aplicación concreta está condicionada a la concurrencia de factores imprecisos o arbitrarios carentes de objetividad; así como cuando no es posible acceder a la retribución abonada al resto de personas trabajadoras de la empresa⁸⁴. En el primer caso, concurre opacidad en la configuración de los complementos cuando quedan vinculados a que se consiga un objetivo que no se encuentra definido (como complementos vinculados a la calidad del trabajo) o

⁸⁰ MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Bomarzo, 2019. p. 41.

⁸¹ ALEMÁN PÉREZ, F., “Consideraciones teóricas sobre los elementos de clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-espiritual de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género”, en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.) *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*. Madrid: Reus, 2017. p. 59.

⁸² RIVAS VALLEJO, R., “Servicios (Y2): actividades administrativas y servicios auxiliares. Actividades financieras, seguros e inmobiliarias. Educación. Actividades sanitarias”, en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.) *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*. Madrid: Reus, 2017. p. 123.

⁸³ BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por...* p. 24. Así, por ejemplo, en la STSJ País Vasco, de 30 de abril de 2019, rec. núm. 638/2019, que determina la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo cuando coexisten dos categorías distintas en el mismo nivel salarial, pero con diferentes salarios, por lo que, ante una práctica aparentemente neutra, se produce una desigualdad para una de dichas categorías, integrada mayoritariamente por mujeres.

⁸⁴ BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por...* p. 25.

cuando se establecen unos complementos que no tienen causa alguna o es ficticia. En segundo lugar, el conocimiento de la retribución abonada en la empresa al resto de personas trabajadoras resulta elemento esencial para poder detectar la existencia de discriminación retributiva. En España, hasta ahora existía una total opacidad. Con la nueva regulación, se aprueba la obligatoriedad de que conste un registro salarial, y además, de acceso por parte de la representación legal de las personas trabajadoras.

Asimismo, debe hacerse referencia a la necesidad de aplicarse la guía de la OIT del “Método de puntos por factor”⁸⁵, que consiste en la asignación de puntuaciones a cada puesto de acuerdo con cuatro factores, cuales son, las cualificaciones, los esfuerzos mental, emocional y físico, las responsabilidades y las condiciones de trabajo. En relación con el primer elemento, esto es, las cualificaciones, se valora la formación, así como también la experiencia, elemento este último que resulta, en principio, lógico y proporcionado, pero que en la práctica, puede comportar una desventaja para las mujeres, pues son las que dedican parte de su tiempo y su vida a labores de cuidado a hijos o familiares⁸⁶.

Por lo que se refiere al esfuerzo, se comprueba que sigue primando la fuerza física, a pesar de que respecto del mismo existe abundante doctrina constitucional, ya comentada anteriormente⁸⁷, que aclara los condicionantes que han de existir a la hora de valorar el esfuerzo para que éste no constituya discriminación por razón de sexo. El TC considera que cuando se tiene en cuenta el factor esfuerzo como criterio único de valoración es “sospechoso” por tratarse de una cualidad predominantemente masculina, aunque ello no significa que no pueda valorarse cuando sea esencial o determinante de la aptitud requerida, y siempre que se combinen con otros criterios neutros. Si se analiza la negociación colectiva se puede observar como, en general, prestan poca atención a otro tipo de dificultades o sacrificios como la carga mental o emocional propia de la actividad que se desarrolle, siendo el elemento a valorar el esfuerzo físico⁸⁸.

En relación con el tercer elemento del método de la OIT, esto es, la responsabilidad, no cabe duda que es uno de los que más predomina en las descripciones de los puestos de trabajo mejor posicionados. No obstante, la responsabilidad no suele estar detallada con un contenido pormenorizado, sino que se referencia en los niveles más elevados de la estructura, en puestos de dirección y ejecutivos. De hecho, el art. 22.3 ET, en la modificación operada por el RDL 6/2019, establece que la definición de los grupos profesionales debe basarse en “criterios y sistemas que, basados en un análisis correlacional entre sesgos de género, puestos de trabajo, criterios de encuadramiento y retribuciones, tengan como objeto garantizar la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres

⁸⁵ Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_101326.pdf

⁸⁶ MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género... op. cit.* p. 45.

⁸⁷ Entre otras, SSTC 145/1991, de 1 de julio; 58/1994, de 28 de febrero; 147/1995, de 16 de octubre; 250/2000, de 30 de octubre; 198/1996, de 3 de diciembre; 286/1994, de 28 de noviembre.

⁸⁸ De igual modo lo considera la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Canarias, de 25 de febrero de 2014, rec. núm. 1304/2013, que señala que el esfuerzo físico puede justificar la diferencia “si se acredite de forma indubitable que el esfuerzo físico constituye un elemento determinante absoluto de la aptitud para el desarrollo de la tarea, o bien, que se trate de un elemento esencial en esta, siendo preciso, aun en estos casos, que se combine con otros rasgos tipificadores neutros desde el punto de vista que interesa considerar”.

y hombres. Estos criterios y sistemas, en todo caso, cumplirán con lo previsto en el artículo 28.1". Ello es una muestra más de la existencia de una clara correspondencia entre la segregación ocupacional, la falta de claridad y neutralidad de los sistemas de clasificación profesional, la valoración de los puestos y la discriminación salarial por razón de sexo.

Por otro lado, pero íntimamente ligado al sistema de clasificación profesional, se observan patrones muy similares en la estructura salarial, pues se parte de la concepción de que el trabajo femenino exige menos cualificación, esfuerzo y responsabilidad, por lo que aporta menos valor integral a la actividad de la empresa y, por consiguiente, no se encuentra en el mismo nivel que el de las personas trabajadoras masculinas. Así, en el caso ya comentado de Galletas Fontaneda⁸⁹, nuestro TC, declara que no puede estar justificado que unos trabajos valgan más que otros en virtud de su mayor nivel de exigencia y su mayor "significación cualitativa en el proceso productivo", sino que se ve perpetuado ese círculo vicioso por el que se considera que las mujeres realizan tareas menos valoradas.

De esta forma, si se toman en cuenta los diferentes complementos salariales puede observarse como, en primer lugar, en relación con los complementos personales, la antigüedad es uno de los pluses que, a pesar de su intento por ser eliminado, comporta un factor discriminatorio en la medida en que son las mujeres trabajadoras las que sufren más interrupciones y discontinuidades en su carrera profesional por aspectos ligados a la maternidad y cuidado de hijos, además de que son las que más sufren contratos temporales y de rotación, en comparación con los trabajadores varones.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los complementos ligados a las condiciones y circunstancias del puesto de trabajo, existe una clara brecha salarial cuando se observa que la mayor parte de los pluses se concentran en actividades industriales o características propias de la persona trabajadora varón, o que presuponen tareas masculinizadas, a diferencia de aquellos trabajos donde hay mayor presencia femenina que se suelen considerar más sencillos y, por tanto, con menos pluses vinculados. Claro ejemplo lo constituyen los complementos salariales de peligrosidad, penosidad, toxicidad, insalubridad, nocturnidad o turnicidad, pluses que generalmente se establecen en puestos de trabajo desempeñados por personas trabajadoras masculinas⁹⁰. Asimismo, es de destacar como en aquellas actividades propias del sector servicios –donde están más presentes las mujeres–, los pluses más frecuentes son los relacionados con la mayor dedicación, puntualidad, asiduidad, disponibilidad o prolongación de la jornada, pluses todos ellos incompatibles con la pretensión de alcanzar la conciliación de la vida familiar y laboral. Estos pluses, como se ha indicado, aunque, en principio, no son discriminatorios, por su carácter neutro, sin embargo, en la práctica, comportan una diferenciación discriminatoria. De igual forma, los pluses relacionados con el rendimiento, resultados, jefatura o responsabilidad también llevan efectos discriminatorios, de tal forma que sólo en la medida en que los mecanismos de atribución de funciones o asignación del personal a los puestos de mayor

⁸⁹ STC 286/1994, de 28 de noviembre.

⁹⁰ STSJ Canarias, de 2 de julio de 2019, rec. núm. 369/2019, en relación con un hotel que es sancionado por no realizar la valoración ergonómica de los puestos de trabajo de las empleadas del departamento de pisos.

nivel, y los sistemas de medición objetiva del rendimiento se encuentren reglados y objetivados y giren en torno a la equidad, serán logros reales⁹¹.

En muchos casos, además, se observan diferencias que tienen lugar en la plasmación de que determinados complementos tienen una cuantía sensiblemente inferior cuando se asignan a puestos de trabajo ocupados mayoritariamente por mujeres, en comparación cuando el mismo complemento va ligado a un departamento o puesto de trabajo donde predominan trabajadores masculinos⁹².

4.3. División sexual del trabajo

Este tercer factor de discriminación salarial entre mujeres y hombres es una variable “transversal” en la medida en que tiene repercusión en todos los ámbitos de la vida, así como en educación, formación y ámbito laboral.

No cabe duda que la situación familiar, el nivel educativo y la ocupación de las padres, la renta familiar, el sopeso de los pros y contras del abandono de los estudios para incorporarse al sistema productivo; la organización del hogar; la economía doméstica y la división sexual del trabajo son factores que afectan decisivamente en la elección de los estudios, la continuidad de los mismos, el perfil formativo, la inversión en cualificación y la búsqueda de empleo. Y ello no afecta de igual forma a mujeres que a hombres⁹³.

Además, por otro lado, en la fase de tránsito de la etapa educativa a la de inserción y permanencia en el mercado de trabajo, queda constatado que los hombres mantienen una evolución más lineal, alternando etapas de formación para el empleo, mientras que en el caso de las mujeres, a pesar de que tratan de formarse, tienen menores oportunidades de ocupación y promoción, así como están expuestas a una mayor discontinuidad en el empleo⁹⁴. Adicionalmente, debe hacerse referencia al condicionante de la maternidad, su condición biológica de madres potenciales o reales, la consecuente división sexual del trabajo, la diferente carga de trabajo doméstica y la desigual distribución en el uso del tiempo. Es una realidad que las mujeres siguen trabajando más que los varones en labores

⁹¹ STS de 18 de julio de 2011, rec. núm. 133/2010, que, partiendo de los datos de personas trabajadoras ocupadas, ascensos productivos, y número de puestos de ascenso ocupados por hombres y mujeres, considera que existía una desproporción entre el número de hombres ascendidos respecto de la composición de las plantillas. De similar forma, STS de 14 de mayo de 2014, rec. núm. 2328/2013, sobre una empresa hotelera que abonaba a sus empleados de los departamentos de cocina, bares y pisos, un “plus voluntario absorbible”, siendo diferente para el departamento de pisos (ocupado por mujeres en su totalidad).

⁹² STSJ Andalucía, de 14 de febrero de 2018, rec. núm. 2089/2017. Así también STSJ Canarias, de 2 de noviembre de 2017, rec. núm. 461/2017, sobre el plus de productividad, cuantificado de forma diferente según sea para el departamento de pisos (ocupado en un 92 % por mujeres) que para el resto de trabajadores (ocupado en un 85 % por hombres).

⁹³ MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género... op. cit.* p. 63.

⁹⁴ STC 2/2017, de 16 de enero, que constata cómo la ausencia por maternidad supuso un inconveniente para que la trabajadora pudiera acceder a un empleo con una jornada superior tal y como preveía el convenio de aplicación. Se trataba de una limpiadora adscrita a un centro de salud con un contrato a tiempo parcial de 20 horas semanales, y durante el tiempo que la actora estuvo de baja por maternidad, la empresa contrató a una trabajadora con un contrato de 30 horas semanales. En el momento de reingresar de la baja, la afectada solicitó ejercitar el derecho a ampliar la jornada prevista en el convenio que establece esta medida con preferencia a la realización de nuevas contrataciones, y la empresa se deniega.

domésticas y de cuidado, con independencia de cualquier otra variable como la situación familiar. Muestra de ello es que las mujeres solteras ganan más de media que las casadas, al revés de que ocurre en el caso de los hombres.

En este sentido, no cabe duda que una de las condiciones de trabajo que mayor impacto negativo tiene sobre las mujeres trabajadoras es el trabajo a tiempo parcial, especialmente en materia de protección social de las mismas. Al respecto, la doctrina judicial comunitaria⁹⁵ ha señalado, en materia de pensión de jubilación y prestación de desempleo, que la normativa española de acceso a las prestaciones de la Seguridad Social de las personas trabajadoras a tiempo parcial conlleva una discriminación indirecta. Como consecuencia, nuestro TC⁹⁶ ha declarado que el coeficiente de proporcionalidad que se aplica en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial es nulo por discriminatorio para la mujer, ya que conlleva que exista una desigualdad entre las personas trabajadoras a tiempo parcial y a tiempo completo.

Además del contrato a tiempo parcial, se han evidenciado situaciones donde la maternidad ha conllevado efectos negativos sobre las retribuciones, especialmente, las variables vinculadas a sistemas de incentivos u objetivos. Así el TS⁹⁷ se ha pronunciado en relación con un sistema salarial de una empresa en el que se descontaban de los días exigidos para el devengo de un incentivo, los días de duración del permiso por maternidad correspondiente al período de descanso obligatorio, esto es, las seis semanas posteriores al parto, considerando nuestro alto tribunal que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituye un supuesto de discriminación directa por sexo”. De igual forma lo ha estimado⁹⁸ también en un sistema de retribución variable establecido en la empresa consistente en dos incentivos, ninguno de los cuales se devenga cuando no hay actividad laboral como es durante los períodos de baja por maternidad o por riesgo durante el embarazo, lo cual conlleva que la persona trabajadora no perciba esos complementos hasta que haya completado el correspondiente período de devengo. Así sucedió también en el caso del “complemento de atención continuada” que se le dejó de abonar a una médico residente que durante su embarazo, y como medida de adaptación del puesto de trabajo ex art. 26 LPRL, dejó de realizar guardias, ante lo cual, la dirección del hospital, con el fin de reequilibrar la situación de la actora respecto de sus compañeros, decide prorrogar la duración de su contrato por el tiempo necesario para que pudiera “recuperar”

⁹⁵ STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/2018, asunto Villar Láz. También STJUE de 22 de noviembre de 2012, C-385/2011, asunto Elbal Moreno, que aplica la prueba estadística considerando que los datos aportados por el tribunal de procedencia eran irrefutables, pues entre el 70 y el 80 % de las personas trabajadoras a tiempo parcial tanto vertical como horizontal, mientras que el efecto perjudicial de la medida nacional es común para todos los trabajadores a tiempo parcial vertical, la mayor parte mujeres. El TJUE considera que la proyección del principio de proporcionalidad sobre el cálculo de la pensión incurre en una doble penalización. Primero, en la determinación de la base reguladora, que es más baja al serlo el salario; y, segundo, en la aplicación del coeficiente de parcialidad, pese a que a los días cotizados se les aplica un coeficiente corrector del 1,5 que incrementa la ratio de cotización. También la STJUE de 20 de octubre de 2011, C-123/2010, asunto Brachner.

⁹⁶ STC 91/2019, de 3 de julio.

⁹⁷ STS de 23 de noviembre de 2011, rec. núm. 3627/2010.

⁹⁸ STS de 10 de enero de 2017, rec. núm. 283/2015.

el mismo número de guardias. Nuestro TS considera que ello “constituye discriminación directa por razón de sexo”⁹⁹. Sin embargo, en el caso de un plus de fin de semana que se abonaba en proporción a la reducción de jornada por cuidado de menores no se considera discriminatoria por afectar la reducción más al personal masculino que al femenino, por ser el personal masculino el que disfruta mayoritariamente de la reducción de jornada¹⁰⁰.

5. Medidas para la igualdad retributiva

Como se ha indicado, el RD 902/2020 implementa unos instrumentos en las empresas para garantizar el principio de transparencia retributiva y conseguir la igualdad retributiva, concretamente, el registro retributivo, la auditoría salarial y el sistema de valoración de puestos de trabajo.

La transparencia retributiva es el eje fundamental para garantizar una igualdad retributiva real y efectiva, pues el problema de la discriminación se halla en la identificación y la prueba, para lo cual, la transparencia en el acceso a la información es la clave de su éxito. Debe garantizarse una información periódica a personas trabajadoras y sus órganos de representación, tal y como así ya lo establecía la Recomendación de la Comisión Europea de 2014.

En primer lugar, el registro retributivo (art. 5 RD 902/2020) es obligatorio para todas las empresas, con independencia del número de personas trabajadores, lo que supone una mejora en relación con la Recomendación de la Comisión de 7 de marzo de 2014, que lo fijaba a las de 50 o más personas trabajadoras.

Este registro además, debe cumplir los siguientes parámetros. En primer lugar, debe incluir toda la plantilla, incluido personal directivo y altos cargos; y debe contener información fiel y actualizada. En segundo lugar, debe contemplar el año natural. En tercer lugar, debe documentarse en el formato establecido en las páginas web oficiales del Ministerio de Trabajo y Economía Social y del Ministerio de Igualdad. En cuarto lugar, debe incluir datos promediados y desglosados, concretamente, valores medios del salario base, complementos salariales y percepciones extrasalariales desagregados por sexos, media aritmética y mediana de lo realmente percibido en función del sistema de clasificación (grupo, categoría, nivel y puesto), y en caso de empresas con obligación de auditoría re-

⁹⁹ STS de 24 de enero de 2017, rec. núm. 1902/2015. En sentido similar, STJUE de 1 de julio de 2010, C-471/2008, asunto Parviainen contra Finnair Oyj, donde admite que los complementos de una azafata de vuelo que durante el embarazo pasa a desempeñar un puesto en tierra vinculados con el hecho de volar no se perciban durante ese período de tiempo. De modo similar, STSJ Cataluña, de 6 de abril de 2018, rec. núm. 7434/2017, que enjuicia la forma de cálculo de las retribuciones variables durante el período en el que no hay prestación de servicios por suspensión del contrato por maternidad o riesgo durante el embarazo, o en casos de reducción de jornada por guarda de un menor.

¹⁰⁰ STSJ Castilla y León, de 10 de octubre de 2019, rec. núm. 1490/2019, que declara que durante la mayor parte del tiempo desde la firma del acuerdo la empresa abonó el plus de fin de semana en proporción a la jornada efectivamente realizada. Considera que no existe discriminación porque “la mayor parte de beneficiarios de la reducción de jornada para cuidado de menor o familiar en el tiempo que nos ocupa (marzo 2018) no eran mujeres sino hombres, con lo que difícilmente puede apreciarse en la actuación empresarial una maniobra discriminatoria, lesiva del derecho de igualdad por razón de sexo en contra del colectivo femenino, al ser mayoritariamente masculino el afectado dentro de la empresa por la decisión empresarial”.

tributiva (las que ocupen a más de 50 personas trabajadoras) debe incluir también las medias aritméticas y medianas de las agrupaciones de los trabajos de igual valor en la empresa, aunque pertenezcan a diferentes apartados de la clasificación profesional, desglosados por sexo y desagregados e incluir la justificación cuando la media aritmética o la mediana de las retribuciones totales en la empresa de las personas trabajadoras de un sexo sea superior a las del otro en, al menos, un 25 %. En quinto lugar, para su elaboración o modificación debe procederse a la consulta a la representación legal de las personas trabajadoras con una antelación de, al menos, diez días. En sexto lugar, en cuanto al acceso a su información, la representación legal de las personas trabajadoras tiene acceso al contenido íntegro del registro, y en el supuesto de que no exista representación legal, las personas trabajadoras podrán acceder únicamente a las diferencias porcentuales en las retribuciones promediadas de hombres y mujeres, desagregadas en atención a la naturaleza de la retribución y el sistema de clasificación profesional.

En segundo lugar, en cuanto a la auditoría retributiva, ésta tiene por objeto verificar el cumplimiento del principio de igualdad, evitar y corregir diferencias y prevenir obstáculos y dificultades, asegurando la transparencia. Esta obligación mejora también la Recomendación de la Comisión UE que lo limitaba a empresas con más de 250 personas trabajadoras. En nuestro caso, se vincula a la aprobación del plan de igualdad que, como es sabido, debe implantarse para empresas de más de 50 personas trabajadoras. La vigencia de la auditoría es la del plan de igualdad del que forma parte.

La auditoría (art. 8 RD 902/2020) supone la necesidad de realizar un diagnóstico de la situación retributiva de la empresa, esto es, evaluar los puestos de trabajo sobre cada una de las tareas y funciones de cada puesto, y detectar otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva, deficiencias o desigualdades, o dificultades para la promoción económica de las personas trabajadoras como actuaciones empresariales discretionales en materia de movilidad o exigencias de disponibilidad no justificadas. Esta evaluación supone además un examen global de todos los factores que concurren en un puesto de trabajo, teniendo en cuenta su incidencia y permitiendo la asignación de un valor numérico objetivo; y, además, la valoración debe referirse a cada una de las tareas y funciones y ofrecer resultados con confianza en función y adecuado al sector de actividad al tipo de organización en la empresa y otras características con independencia del tipo de contrato. Pone de manifiesto, además, la relevancia de otros factores desencadenantes de la diferencia retributiva, así como las posibles deficiencias o desigualdades que pudieran apreciarse en el diseño de las medidas de conciliación y corresponsabilidad en la empresa, o las dificultades que las personas trabajadoras pudieran encontrar en su promoción profesional o económica derivadas de otros factores como las actuaciones empresariales discretionales en materia de movilidad o las exigencias de disponibilidad no justificadas.

Asimismo, debe establecer un plan de actuación de corrección de desigualdades que incluya objetivos, actuaciones, cronograma, indicación de personas responsables y sistema de seguimiento. El plan de actuación debe contener un sistema de seguimiento y de implementación de mejoras a partir de los resultados obtenidos.

Además, y adicionalmente a dichos instrumentos, para garantizar la ausencia de discriminación en la definición de grupos profesionales, las partes negociadoras de los convenios deben asegurarse de que los factores y condiciones en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, así como el principio de igual retribución.

Por último, como elemento fundamental, a mi parecer, es el sistema de valoración de los puestos de trabajo (art. 9 RD 902/2020), según el cual, con el objetivo de comprobar que la definición de los grupos profesionales se ajusta a criterios y sistemas que garantizan la ausencia de discriminación directa e indirecta entre mujeres y hombres y la correcta aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor, las mesas negociadoras de los convenios colectivos deberán asegurarse de que los factores y condiciones concurrentes en cada uno de los grupos y niveles profesionales respetan los criterios de adecuación, totalidad y objetividad, y el principio de igual retribución para puestos de igual valor.

6. Conclusión

Con la modificación normativa y su desarrollo reglamentario que establece la obligación de garantizar el principio de transparencia retributiva mediante el registro salarial, la auditoría salarial y la información periódica, se implementan varias de las medidas que la doctrina laboral¹⁰¹ en su momento ya propuso.

De esta forma, para poder alcanzar una igualdad retributiva se requiere como base, y con el fin de garantizar esa transparencia retributiva, una correcta valoración de los puestos de trabajo, pues de esta forma, el registro salarial y la auditoría salarial aportarán resultados positivos. El ordenamiento laboral debe contener también un concepto de trabajo de igual valor más completo, como el que se ha redactado con el RDL 6/2019 donde se refuerza la idea de una valoración objetiva de los puestos de trabajo. Además, es fundamental garantizar un sistema efectivo de información a las personas trabajadoras y a sus órganos de representación sobre la retribución promediada y desglosada en la empresa, esto es, la transparencia de los datos salariales es necesaria para poder identificar si existe discriminación retributiva. Asimismo, tal y como ya apuntó también la doctrina¹⁰², es fundamental establecer auditorías salariales obligatorias, auditorías que deben estar reguladas en los planes de igualdad.

Como medidas complementarias, la doctrina¹⁰³ propuso también la creación de órganos administrativos específicos para la eliminación de la discriminación retributiva, como podría ser crear una unidad especialidad en materia de igualdad de trato en todas las Inspecciones Provinciales de Trabajo y Seguridad Social así como la creación de una Dirección General para la igualdad retributiva dependiente de la secretaría de Estado de

¹⁰¹ BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por...* p. 81 y ss.

¹⁰² BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por...* p. 83 y ss.

¹⁰³ BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por...* p. 83 y ss.

servicios sociales y de una Comisión Interministerial. Debería desarrollarse un marco sancionador efectivo y disuasorio, y todas las medidas que se acometan deben tener su correspondiente reflejo en la LISOS. Así como también procederse a la remoción de obstáculos para la reclamación judicial por discriminación retributiva, y la existencia de técnicos expertos en igualdad de género en negociación y representación en las Administraciones Públicas, especialmente en materia de correcta valoración de los puestos de trabajo.

Estas medidas son las que ha llevado a cabo el RD 902/2020, todas ellas propuestas ya en su día por la doctrina y que han tenido su plasmación en el citado reglamento. De esta forma, se espera que progresivamente desaparezca la brecha salarial y se alcance la igualdad retributiva, igualdad que se basa en el principio de igualdad retribución por trabajo de igual valor, con independencia del sexo, para lo cual, el principio de transparencia retributiva constituye el elemento de medición y contrastación. Este principio de transparencia se aplica a través del registro salarial, la auditoría salarial y el sistema de valoración de puestos de trabajo, así como el derecho de información de las personas trabajadoras.

7. Bibliografía

- AA.VV., *Evaluación de tareas*. Ginebra: OIT, 1986.
- ALEMÁN PÉREZ, F., "Consideraciones teóricas sobre los elementos de clasificación y los sistemas de encuadramiento: hacia una comprensión político-espiritual de los sesgos discriminatorios por razón de sexo y género", en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.) *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*. Madrid: Reus, 2017.
- BALLESTER PASTOR, M.A., *La discriminación retributiva por razón de sexo. Brecha salarial y desigualdades de género en el mercado de trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2018.
- BASE DE DATOS ESES, *Informe mundial sobre salarios 2018/2019*, OIT, 2019.
- CEBRIÁN I.; MORENO, G.E., "Desigualdades de género en el mercado laboral", *Panorama Social*, núm. 27, 2018.
- COMISIÓN EUROPEA, *La brecha salarial entre hombres y mujeres en la Unión Europea*, 2014. Disponible en <https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality>
- DE HARO FERNÁNDEZ, A. M., "Heroínas y mercenarias. La violencia económica de género a través de su reflejo en la literatura inglesa", *Violencia desenfocada IV. Dinero. Cuarta edición de las Jornadas de estudio, reflexión y opinión sobre violencia*. Sevilla, 2008.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., *El derecho fundamental a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Fundamentos del derecho a la igualdad de género y, en especial, su aplicación en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014 (versión on line)
- MARTÍNEZ MORENO, C., *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Albacete: Bomarzo, 2019.

- MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES. *Inserción laboral de los egresados universitarios, curso 2013-2014 (análisis hasta 2018)*. Madrid: Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, 2019. Disponible en https://www.ciencia.gob.es/st-fls/MICINN/Universidades/Ficheros/Estadisticas/informe_insercion_2013_14.pdf
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. "Brecha salarial y científica de género", en *Boletín Igualdad Empresa*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2018. Disponible en http://www.igualdadenlaempresa.es/novedades/boletin/docs/BIE_44_Brecha_salarial_y_cientifica_de_genero.pdf
- MINISTERIO DE TRABAJO Y ECONOMÍA SOCIAL, *Informe del Mercado de Trabajo de las Mujeres 2020 (datos 2019)*. Madrid: MTES, 2020. Disponible en <https://www.sepe.es/HomeSepe/que-es-el-sepe/comunicacion-institucional/publicaciones/publicaciones-oficiales/listado-pub-mercado-trabajo/informe-mercado-trabajo-estatal-mujeres.html>
- QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- REY MARTÍNEZ, F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*. Madrid. McGraw-Hill, 1995.
- RIVAS VALLEJO, R., "Servicios (Y2): actividades administrativas y servicios auxiliares. Actividades financieras, seguros e inmobiliarias. Educación. Actividades sanitarias", en GARRIGUES GIMÉNEZ, A., (Dir.) *Clasificación profesional y discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva. Un análisis multi e intersectorial*. Madrid: Reus, 2017.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., "Sobre el valor del trabajo y la paridad salarial por razón de género ante una controvertida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Comentario a la STJCE C-320/2000, de 17 de septiembre de 2002, asunto Lawrence)", *RL*, núm. 12, 2005 (versión on line)
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "Feminización de tareas y masculinización de valoraciones", *RL*, núm. 3, 2001.
- SÁEZ LARA, C., "OIT 100 años: la participación de las mujeres en el mercado de trabajo", en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT: ponencias*. Madrid: Ministerio de Trabajo, 2019.
- SÁEZ LARA, C., *Mujeres y mercado de trabajo*. Madrid: CES, 1994.
- SERRA CRISTÓBAL, R., "La discriminación indirecta por razón de sexo", en RIDAURA MARTÍNEZ, J.; AZNAR GÓMEZ, M., (Coords.) *Discriminación versus diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

Cómo avanzar en la lucha por la libertad e igualdad de la mujer: propuestas legales frente a la cosificación, hipersexualización y pornificación de la sociedad*

How to progress in the fight for women's freedom and gender equality: legal proposals in face of objectification, hypersexualization and pornification of contemporary society

CARLOS PADRÓS REIG**

Catedrático (Acred.) de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

Ex-Letrado del Tribunal Constitucional de España

ORCID ID: 0000-0003-0002-9412

Recibido: 11/2/2021

Aceptado: 15/4/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6139>

Resumen. La lucha por la igualdad y la libertad de la mujer a través de la represión de los delitos de género y las agresiones sexuales arroja un resultado decepcionante. La cuestión lejos de presentar una mejora, parece empeorar. Ello puede deberse a la irrupción en nuestras sociedades de los fenómenos de la hipersexualización y la cosificación de la mujer. Pero también a la creciente disponibilidad absoluta de contenidos pornográficos cada vez más violentos y vejatorios contra las mujeres. Frente a ello, el enfoque legal basado en la represión de las conductas debe acompañarse de medidas preventivas o anticipatorias: un mejor control de ciertos contenidos; un sistema efectivo de limitación de acceso; una aplicación de las figuras penales de la inducción o la apología respecto a la difusión de contenidos ilícitos; la aplicación del tipo específico del delito de odio por razón de género; una extensión de la responsabilidad de quienes alojen estos contenidos en la red.

Palabras clave: hipersexualización; cosificación; pornografía; contenidos humillantes o degradantes contra la mujer; control de acceso a Internet.

Abstract. The fight for women's equality and freedom through the repression of gender-based crimes and sexual assaults offers a discouraging result. Far from experiencing any improvement, the issue seems to be worsening. This may be due to the irruption in our contemporary societies of the phenomena of hypersexualization and objectification of women. But it may also be due to the increasing availability of pornographic contents that are more violent and vexatious against women. In the face of this, the legal approach based on the prosecution

*Texto enviado el 11 de febrero de 2021. Agradezco sinceramente a mis colegas Rafael Rebollo Vargas y Joaquín Rodríguez Álvarez que hayan dedicado parte de su valioso tiempo a leer una versión preliminar de este trabajo. Algunos de los errores que puedan persistir se deben a mi empecinamiento en no hacer caso a sus sabios consejos.

**carlos.padros@uab.cat

of criminal conducts must be accompanied by preventive or anticipatory measures: better control of certain web content; an effective system for limiting Internet access; application of the legal tools of inducement or apology of crime for the dissemination of illegal content; application of the specific type of gender-based hate crime; an extension of the liability of those who host such content on the network.

Keywords: sexualization; cosification; pornography; internet access limits; humiliating or degrading internet contents against women.

1. Introducción

Se hace público en los primeros meses de andadura de la XIV legislatura de las Cortes españolas, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual de la mujer¹. El énfasis de los debates iniciales parece centrarse en la cuestión del consentimiento expreso (“solo sí es sí”) y en la eliminación de las categorías jurídicas que distinguirían –según la gravedad– el abuso sexual de la agresión sexual. Todo ataque no consentido a una mujer constituirá una agresión sexual, con independencia de la existencia o menos de violencia o intimidación.

Cualquier avance en la protección de esa libertad sexual debe ser celebrado². Pero la hipótesis que nos planteamos en estas páginas es que la Ley no solucionará –porque no lo aborda³– un problema de mayor profundidad y calado como es la progresiva sexualización de la mujer que la degrada en su posición como plena persona en sociedad para convertirla en un bien comercial. Pretendemos argumentar que las medidas legales de protección deben empezar por abordar las causas de las agresiones. No bastará con mejorar los instrumentos normativos de la represión de las agresiones sexuales, al igual que no basta para atajar la insufrible violencia de género con aumentar el castigo a los agresores.

Como ilustración de lo anterior, podemos analizar la estadística INE sobre muertes de mujeres a causa de la violencia de género en el período que comprende 1999-2019⁴.

Tabla 1. Mujeres muertas a causa de violencia de género. España.

1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
54	63	50	54	71	72	57	69	71	76	56
2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	prom.
73	61	52	54	55	60	49	50	51	55	56

Fuente: Elaboración propia. Datos 1995-2005: Instituto de la Mujer. Datos 2006-2019: Delegación del Gobierno para la violencia de género.

¹ Texto disponible en <https://www.igualdad.gob.es/normativa/normativa-en-tramitacion/Documents/APLO-GILSV2.pdf>

² Ello no obsta para la manifestación de fundadas deficiencias técnicas que puede presentar el texto. Cfr. Gimbernat, E. (25 de abril de 2020). “Solo sí es sí”. *El Mundo*. Disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1197551

³ Más que en una tímida referencia en el artículo 10.1 relativo a las medidas de prevención en el ámbito digital y de la comunicación.

⁴ Se incluyen aquellos casos en los que el agresor es el cónyuge, excónyuge, compañero sentimental, excompañero sentimental, novio o exnovio. Fuente: 1999-2005: Instituto de la Mujer a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio del Interior. A partir de 2006 datos de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género. Disponible en https://ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t00/mujeres_hombres/tablas_1/l0/&file=v02001.px#!tabs-tabla

Las cifras constatan que, pese a los esfuerzos, la cifra se mantiene relativamente estable en torno al promedio (56 mujeres asesinadas/año).

Lo anterior se puede también cruzar con los hitos normativos en materia de protección de la mujer y lucha contra la violencia de género⁵:

- 2002. Se crea el Observatorio contra la Violencia Doméstica. El Gobierno y el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) firmaron el 26 de septiembre de 2002 el convenio de creación del “Observatorio contra la Violencia Doméstica” para el seguimiento exhaustivo de las sentencias sobre malos tratos, contra los que el gobierno quería ser “inflexible”.
- 2003. Los grupos parlamentarios de las Cortes llegan a un acuerdo para aprobar una nueva herramienta en la lucha contra la violencia y nacen así las órdenes de protección para las mujeres que sufren violencia de género.
- 2004. Las Cortes Generales aprueban por unanimidad la ley integral contra la violencia de género. Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género⁶.
- 2005. El 29 de junio de 2005 entraron en funcionamiento como órganos especializados, los juzgados de violencia sobre la mujer y las secciones especializadas en el seno de las Audiencias Provinciales de toda España, dando cumplimiento así a una de las previsiones de la Ley Orgánica 1/2004.⁷
- 2007. El Congreso aprueba la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- 2007. Entra en funcionamiento el 016, un número contra los malos tratos contra las mujeres.
- 2017. En septiembre, el Congreso de los Diputados aprueba el primer Pacto de Estado contra la Violencia de Género⁸. Se trata de un plan que contiene 200 medidas y una dotación presupuestaria específica para hacer frente a las agresiones machistas.

Si correlacionamos los hitos normativos con las cifras, podemos concluir que, tal vez excepto para 2005 (año posterior a la aprobación de la Ley Orgánica de Protección Integral, donde el número de víctimas pasa a ser de 72 en 2004 a 56 en 2005 arrojando una disminución de 16 víctimas lo que supone cerca de un 22%), el resto de años de la serie (con matizaciones para 2009, y 2011-2012) las medidas normativas presentarían un impacto modesto o estadísticamente poco relevante.

⁵ <https://elpais.com/especiales/violencia-de-genero/hitos-y-logros/>

⁶ BOE nº 313 de 29 de diciembre de 2004. Disponible en versión consolidada en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2004-21760>.

⁷ La aplicación judicial de la LO 1/2004 puede consultarse en el documento “Quince años de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género en los órganos judiciales” *Boletín de Información Estadística CGPJ* nº 80, 2021. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Violencia-sobre-la-Mujer/>

⁸ Texto disponible en <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/pactoEstado/home.htm>. Desarrollado por Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género.

También pueden cruzarse los datos estadísticos con la cadencia de las legislaturas parlamentarias y gobiernos. Con ello podríamos refutar la hipótesis que no se trata de un problema normativo sino de medidas administrativas (política pública). Así, *grosso modo*, el período comprende entre la VII y la XIV legislaturas de las Cortes Generales. Y ello da lugar a una alternancia de gobiernos populares y socialistas que pueden expresarse en los siguientes degradados de gris:

Tabla 2. Mujeres muertas a causa de violencia de género, con expresión del partido de gobierno. España.

1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009
54	63	50	54	71	72	57	69	71	76	56
2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	prom.
73	61	52	54	55	60	49	50	51	55	56

Fuente: Elaboración propia. Datos 1995-2005: Instituto de la Mujer. Datos 2006-2019: Delegación del Gobierno para la violencia de género.

El final del segundo mandato del presidente Aznar (2003), deja un número sustancialmente más elevado que los años anteriores. El primer gobierno Rodríguez Zapatero revierte la situación (2005) y vuelve a datos más homogéneos con el inicio de la serie. Pero el segundo gobierno socialista deja la peor cifra absoluta de toda la serie (2008). La media de mujeres asesinadas en períodos donde el ejecutivo lo ostenta el partido popular es de 56,2. La de que corresponde al partido socialista es de 62,8. De los diez años de gobiernos populares, dos han arrojado cifras superiores al promedio de la serie (56). De los once años de gobiernos socialistas, siete han contabilizado más muertes que la media (todos ellos de los ejecutivos del presidente Rodríguez Zapatero).

Por todo ello, la cuestión no parece ser de normativa (poca o mucha) ni de políticas (gobiernos más implicados o menos).⁹

El problema –parece fuera de duda– no se soluciona con más normas. La cuestión no es simple ni podemos recurrir al “normativismo mágico” según el cual, la sola aprobación de las normas transforma la terrible realidad. Hacen falta políticas públicas, formación especializada, educación, pedagogía colectiva, sensibilidad de los operadores jurídicos, y un compromiso institucional generalizado, lo que incluye recursos humanos y económicos.

Pese a lo anterior, lo cierto es que no termina de comprenderse porqué el ordenamiento jurídico no utiliza algunos medios que tendría a su alcance para tratar la cuestión. La pregunta que nos hacemos –y que motiva las páginas que sigue– es si el ordenamiento legal español podría hacer algo más para corregir una patología social que parece imprópria de una sociedad, no ya igualitaria, sino mínimamente decente. Y tal vez el Derecho debería actuar en un momento anterior a la producción de la violencia, como una herramienta no solo reactiva, sino anticipatoria.

⁹ Quedaría un tercer elemento de contraste –además de normas y gobiernos– como son las dotaciones presupuestarias dedicadas a las políticas públicas de protección contra la violencia en cada uno de los años, pero esta metodología e hipótesis, interesante y crucial como puede ser, se escapa por ahora del objetivo de esta investigación.

El anterior análisis cuantitativo de los casos de violencia de género puede trasladarse igualmente a las estadísticas sobre delitos contra la libertad sexual, cuyo sesgo de género es también indiscutible¹⁰. Los datos que ofrece el Consejo General del Poder Judicial son limitados pero indican unos porcentajes alarmantes. Así, en el registro de condenados por delitos sexuales¹¹ se computan 3.296 en 2019 (3.216 cometidos por hombres (97,5%) y 80 por mujeres (2,5%)); 2.917 en 2018 (2.820 cometidos por hombres (96,6%) y 97 por mujeres (3,4%)) y 2.764 en 2017 (2.666 cometidos por hombres (96,4%) y 98 por mujeres (3,6%)). La serie estadística disponible es muy corta pero indica, además del sesgo, un preocupante crecimiento de las condenas (6,3% promedio anual). Y la cuestión no parece que se deba a una mayor efectividad del sistema judicial en la persecución sino a un incremento de los hechos delictivos. Así, si se desprende de comparar lo anterior con los datos policiales que ofrece el *I Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España* publicado por la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio de Interior) en 2017¹², resulta que los hechos esclarecidos registrados son:

Tabla 3. Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. Hechos esclarecidos registrados.

2012	6.698
2013	6.766
2014	7.088
2015	7.500
2016	8.381
2017	8.894

Fuente: Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España. Secretaría de Estado de Seguridad. Ministerio de Interior. 2017.

De nuevo, el incremento anual promedio es del 5,3%.

En definitiva, pese a los esfuerzos normativos, la cuestión está muy lejos de mejorar. Nuestra hipótesis de investigación se centra pues en demostrar las limitaciones de la sola

¹⁰ “Debería considerarse la violencia sexual como una forma de violencia de género, teniendo en cuenta que ésta afecta a las mujeres de forma desproporcionada. Dicha asimilación permitiría brindar mayor protección a las supervivientes y garantizar que sus actos sean tratados con perspectiva de género, es decir, apreciando el contexto de violencia sistemática y desequilibrio de las relaciones de poder entre géneros.” Ubieto Olivan, A. (2018). Cuerda Arnau, M.L. (2010).

¹¹ Consejo General del Poder Judicial. Estadística Judicial. *Delincuentes Sexuales (explotación estadística del Registro Central de Delincuentes Sexuales)* <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Delincuentes-Sexuales--explotacion-estadistica-del-Registro-Central-de-Delincuentes-Sexuales-/>

¹² Secretaría del Estado de Seguridad. Ministerio del Interior. *I Informe sobre delitos contra la libertad e indemnidad sexual en España (2017)* <http://www.interior.gob.es/documents/10180/0/Informe+delitos+contra+la+libertad+e+indemnidad+sexual+2017.pdf/da546c6c-36c5-4854-864b-a133f31b4dde> Comprende la suma de los siguientes tipos delictivos: abuso sexual; agresión sexual; pornografía de menores; exhibicionismo; corrupción menores/incapacitados; contacto por medio de tecnología con menores de 16 años; acoso sexual; delitos relativos prostitución; provocación sexual. Según el art. 36 del Convenio de Estambul, debe entenderse por “*violencia sexual, incluida la violación: la penetración vaginal, anal u oral no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; el hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero.*” Igualmente el precepto establece en su apartado segundo que: “*El consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes.*” Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011. Texto disponible en <https://rm.coe.int/1846543>

utilización de la reforma normativa, a la vez que se propone una intervención temprana del Derecho como herramienta de prevención general.

Para todo ello, abordaremos en primer lugar una descripción de los fenómenos que encabezan el título: la cosificación del cuerpo femenino; la hipersexualización de las relaciones humanas y, finalmente, la ubicua presencia de la pornografía en los contenidos de las redes. En segundo lugar, trataremos de describir algunos de los instrumentos de los que dispone el ordenamiento jurídico para proteger el que, a nuestro juicio, es el bien jurídico de mayor importancia: la libertad sexual de la mujer y su igualdad respecto del hombre. Se trata de actuar preventivamente o de, como mínimo, evitar normalizar aquello que lisa y llanamente constituye un atentado contra la dignidad de las mujeres y por ello abre la puerta a comportamientos ilegales y gravemente dañinos. Solo así se consigue explicar que una generación de jóvenes siga exhibiendo razonamientos a todas luces inaceptables en las relaciones de pareja.

2. Los fenómenos

2.1. Cosificación. La teoría feminista¹³ describe la cosificación sexual de la mujer adulta como un proceso de reducción de la persona a un objeto (cuerpo) sexual donde la belleza física prevalece sobre la personalidad y la existencia como individuo. La cosificación tiene lugar a menudo en las representaciones de mujeres en la publicidad comercial y en medios de comunicación donde se ignora la capacidad intelectual o profesional de la mujer para centrarse única y exclusivamente en su aspecto físico.

Viene inmediatamente a la mente el antiguo anuncio de perfume de los años 80 “Jacqs” donde la huella del hombre era la marca de un neumático sobre el cuerpo femenino. O el más reciente de *Dolce & Gabana* de 2007 donde un hombre sujetaba por las muñecas a una mujer tumbada en el suelo mientras otros cuatro varones se recrean mirando la escena en lo que podría evocar un acto sexual inconsentido. El Gobierno español al reputar que la fotografía podía representar una violación, pidió a los diseñadores italianos que retiraran los anuncios, cosa que éstos hicieron no sin antes acusar a las autoridades españolas de atrasadas al no entender la expresión artística de la marca¹⁴.

La cosificación es una construcción claramente machista y que denigra la persona (mujer) y la reduce a un instrumento de placer de otra (hombre). Esta cosificación sexual –aunque no es exclusivamente unidireccional– juega un papel importante en la desigualdad de género. Además de lo anterior, la presión social en un contexto de cosificación de la mujer adulta puede llegar a desembocar en la autocosificación: “La autocosificación se

¹³ Bartky, S. L. (1990) *Femininity and Domination: Studies in the Phenomenology of Oppression*. Routledge; Barry, K. (1994). *Female Sexual Slavery*. NYU Press; Puleo, Alicia H. (2015). Ese oscuro objeto del deseo: cuerpo y violencia. *Investigaciones Feministas*, 6, 122-138.

¹⁴ Cfr. el artículo de Silvestre, J. (29 de diciembre de 2015). Por qué los anuncios de perfume son tan sexuales. *La Vanguardia*. Disponible en <https://www.lavanguardia.com/television/20151228/301080059093/anuncios-perfume-colonia-eroticos-porno-sexy.html>; Alfaya Lamas, E. y Villaverde Solar, M.D. (2014) Deshumanizando a la mujer en la publicidad: un análisis de los nombres e imágenes de perfumes. *Dossier Feminista* 18. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4941312>

da cuando la mirada cosificadora se vuelve hacia una misma, de manera que las mujeres pasan a verse a sí mismas desde la perspectiva de un observador y ejercen una monitorización de sí mismas de forma crónica”¹⁵.

La cosificación resulta, además de odiosa, perniciosa para la propia mujer. De una parte, erosiona su autoestima al inducir en las mujeres imágenes negativas de sí mismas debido a la creencia de que su inteligencia y competencia no son ni reconocidas ni valoradas por la sociedad. Algunas adolescentes llegan incluso a sufrir miedo, vergüenza y asco durante la transición de la niñez a la feminidad porque sienten que se están convirtiendo en más visibles a la sociedad como objetos sexuales¹⁶. Según explica Isabel Valdés,

En 1998, Barbara Lee Fredrickson, profesora de psicología de la Universidad de Carolina del Norte pidió a unos estudiantes que se metieran en un vestuario, se pusieran un jersey o un bañador y que, durante diez minutos, completaran un examen matemático. Las chicas que lo hicieron en traje de baño tuvieron resultados significativamente peores que las que llevaban jersey. En ellos no hubo diferencia¹⁷.

2.2. Hipersexualización. No resulta ninguna novedad que vivimos en una sociedad que coloca las relaciones sexuales en un lugar muy destacado de la escala de valores colectivos. “El sexo repara, cura, une, relaja, prolonga la vida, previene el estrés, activa la producción de colágeno, protege nuestra salud cardiovascular, libera endorfinas que nos hacen sentir más felices”¹⁸. Sin embargo, esta especie de entronización de la sexualidad choca también con los mismos sesgos que antes. La sexualidad ha reproducido las relaciones de desigualdad entre hombres y mujeres.

Puede entenderse por hipersexualización la tendencia a reducir la mujer a sus atributos sexuales. Después de años de represión y pudor patriarcal, la mujer se siente libre de enseñar su cuerpo y reivindicar su sexualidad. El problema, sin embargo es dilucidar si esta sexualización de la mujer y de la sociedad en general supone realmente un signo de libertad para la mujer o una nueva modalidad de cosificación. “Si las amas de casa existían antes en un sistema que fomentaba la coerción, la represión de la sexualidad, el ocultamiento, ahora no se maneja tanto la prohibición como la incentivación e incitación a determinadas conductas, la producción de deseo. Se vende como empoderamiento aquello que sostiene y afirma la feminidad normativa más tradicional y patriarcal”¹⁹.

La hipersexualización convierte de nuevo a la mujer en un objeto (de deseo). Las mujeres son antes objetos disponibles sexualmente que personas en sociedad. El cuerpo

¹⁵ Calogero, R. M., Tantleff-Dunn, S., y Thompson, J. K. (2011). *Self-Objectification in women: Causes, consequences, and counteractions*. American Psychological Association.

¹⁶ Lee, J. (1994). Menarche and the (hetero)sexualization of the female body. *Gender & Society*, 8(3), 343-362.

¹⁷ Valdés, Isabel. (24 de noviembre de 2019). ¿Empodera la moda sexy? *El País*. https://elpais.com/elpais/2019/11/22/ideas/1574452567_521860.html

¹⁸ Benito, Marian (14 de enero de 2015). 365 días sin sexo. *El Mundo*, citado por De Miguel, Ana. (2019). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra-Universitat de València. 12^a ed, 121-122.

¹⁹ Valdés, Isabel. (24 de noviembre de 2019). ¿Empodera la moda sexy? *El País*. https://elpais.com/elpais/2019/11/22/ideas/1574452567_521860.html

sexualizado vende y se utiliza como reclamo de empoderamiento y libertad, cuando en realidad lo que hace es someter a la mujer a la mirada del otro (varón).

¿Es la hipersexualización realmente una elección libre de la mujer? La profesora Ana De Miguel (De Miguel, 2019) ha sintetizado la cuestión en su libro titulado Neoliberalismo Sexual²⁰. El neoliberalismo se basa en la libre elección del individuo. La persona es libre para tomar sus decisiones sobre qué comprar o vender sin excesiva interferencia por parte del poder. Sin embargo, el paradigma neoliberal solo funciona con una premisa básica que raramente se da: los individuos deben tener una posición de partida igual y la información disponible para la elección debe ser óptima. En condiciones de desigualdad (hombre-mujer), el neoliberalismo sexual agrava las condiciones de discriminación.

La hipersexualización consigue la monetización de la sexualidad femenina. El valor de la mujer es la cantidad de deseo sexual que pueda producir. El cuerpo es nuevamente una mercancía, un instrumento para el éxito social o laboral. Y de este modo, una nueva imposición, ahora bajo el ropaje del libre consentimiento y el empoderamiento²¹.

En definitiva, el fenómeno descrito no cuestiona la revolución sexual ni las sexualidades diversas. No hay sexo ni relaciones sexuales normales o anormales. Lo que sucede es que el sexo, como forma de relación entre humanos, es un intercambio y por tanto susceptible de mercantilizarse. Quien más poder tenga²², más podrá imponer una determinada concepción de la mujer y el sexo. Y ello no es una cuestión de moralidad puritana, es una cuestión de desigualdad de partida.

2.3. Pornificación. Los contenidos pornográficos constituyen el gran negocio de Internet. Los datos, se mire la fuente que se mire, son apabullantes.

En el año 2008, la revista Forbes calculaba que 30 millones de personas estaban diariamente conectadas a la red en busca de imágenes de sexo explícito en alguna de las 260 millones de páginas web que ofrecen pornografía. En todo el mundo, el negocio registra beneficios de unos 60.000 millones de dólares anuales. Se calcula que en Estados Unidos, los videos porno generan más dinero que los ingresos combinados de las franquicias de fútbol profesional, béisbol y baloncesto²³.

Una de las derivas de la pornocultura, (Iglesias y Zein, 2018), es que el porno nos pide más:

contemplarlo produce una especie de inundación de dopamina en nuestro cerebro, que con tan altas dosis de hormonas del bienestar, reduce su actividad en los centros de recompensa, el aprendizaje y la memoria. Al producirse y agotarse esta descarga, el organismo necesita producirla nuevamente, por lo que las descargas hormonales promueven la

²⁰ De Miguel, Ana. (2019).

²¹ cfr. Fernández Estrada, María. (2011).

²² La pornografía como expresión de poder se analiza en Cobo, R. (2020).

²³ Iglesias, A. y Zein, M. (2018),45.

repetición de las conductas. No todas las personas que consumen son adictas, por supuesto, pero la sociedad en la que nos movemos, sí²⁴.

No defendemos aquí una posición moral que cuestione los contenidos pornográficos susceptibles de provocar excitación sexual. No hay nada de moralista o puritano en nuestro análisis. Los contenidos pornográficos existen y su gran disponibilidad de acceso a través de un dispositivo móvil hace inviable su completa represión. Pero la pornificación es especialmente perniciosa en dos aspectos: es el canal de educación sexual de los niños y niñas y de los adolescentes y; algunos (muchos) de sus contenidos denigran profundamente la mujer.

De nuevo, como se explica (De Miguel, 2019)

La pornografía se ha hecho omnipresente a través de internet. La sumisión frente a la invasión de nuestro espacio es casi total, ni siquiera hay oposición a que los menores puedan acceder a los contenidos porno. Es posible encontrar menús con todo tipo de chicas a la carta. (...) Uno de los rasgos de esta expansión sin controles es la de que cada día salen imágenes más violentas y exageradas. (...) A las jóvenes están empezando a parecerles normales, por frecuentes, visiones muy vejatorias y humillantes de otras mujeres y de lo que se puede hacer con ellas²⁵.

Una reciente contribución de académicos de la Universitat de les Illes Balears, correlaciona la pornificación (mayor acceso y presencia del porno entre los jóvenes), con unos mayores niveles de violencia y de consumo de prostitución²⁶.

La familiaridad con prácticas sexuales extremas es muy común, alterando la percepción sobre su aceptabilidad. La nueva pornografía muestra e impone un modelo de relación desigual, en el que la mujer es reducida a objeto sexual disponible para el hombre. No solo se muestran situaciones de alto riesgo y violencia de diversos tipos, sino que se generalizan los estereotipos de género más penosos: el hombre tiene deseo sexual permanente y la mujer se dedica a dar satisfacción a ese deseo²⁷. Y lógicamente, este paradigma da lugar a la relación entre consumo de pornografía y agresiones violentas contra la mujer²⁸.

Lo cierto es que Internet ha amplificado de tal manera el consumo de pornografía que puede hablarse sin exagerar de una sociedad pornificada. Internet es el gran almacén

²⁴ op. cit. p. 46

²⁵ De Miguel, Ana (2019), op. cit. 142.

²⁶ Ballester, Ll.; Orte, C. y Pozo, R. (2019). Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales de adolescentes y jóvenes en Ballester, Ll.; Orte, C. y Pozo, R. (Coords) (2019). *Vulnerabilidad y resistencia: experiencias investigadoras en comercio sexual y prostitución*. UIB. Col.lecció Treballs feministes (16).

²⁷ Ballester, Ll.; Orte, C. y Pozo, R. (2019) op. cit. 264.

²⁸ Los investigadores se apoyan en un estudio de 2015 con resultados bastante concluyentes: Wright, P.J.; Tokunaga, R.S. y Kraus, A. (2015). A meta-analysis of pornography consumption and actual acts of sexual aggression in general population studies. *Journal of Communication*, 66,(1). Cfr. Igualmente, Gallego Rodríguez, Claudia y Fernández González. Liria (2019). ¿Se relaciona el consumo de pornografía con la violencia hacia la pareja? El papel moderador de las actitudes hacia la mujer y la violencia. *Psicología Conductual*. 27 (3), 431-454.

de contenidos pornográficos y es en cierta manera el gran protagonista de la red. Una de cada siete búsquedas en la web está relacionada con pornografía (15%). El sitio web de pornografía más visitado del mundo, Pornhub, es casi tan popular como Netflix y LinkedIn.²⁹ Y aunque el modelo de negocio gratuito parece estar llegando a su fin con la irrupción de SnapChat, lo cierto es que la industria tiene una gran capacidad de adaptación e innovación. La industria del porno mueve miles de millones de euros cada año y ese gran poder económico dificulta la adopción de cualquier medida restrictiva.

3. Los instrumentos del ordenamiento legal

3.1. La clasificación y acceso de contenidos pornográficos. Ha sido tradicional en el Derecho administrativo la intervención sobre los contenidos pornográficos a través de la clasificación y los límites al acceso. Así, la Ley 55/2007, del Cine contempla mecanismos para la clasificación de los contenidos. (arts. 8 y 9). Para las películas llamadas (X) es decir que contengan escenas de sexo explícito o contenidos para adultos, se impone un circuito especial de exhibición. El organismo responsable de efectuar esta clasificación es el Instituto de Cinematografía y Artes Audiovisuales (ICAA). Lo mismo puede decirse respecto de los contenidos que se programen en televisiones. La Ley de Comunicación Audiovisual (Ley 7/2010, de 31 de marzo), contempla en su art. 7.2. que “Está prohibida la emisión de contenidos audiovisuales que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, y, en particular, la de aquellos programas que incluyan escenas de pornografía, maltrato, violencia de género o violencia gratuita.” A diferencia de la gran pantalla, los contenidos televisivos cuentan con una prohibición expresa en determinadas franjas horarias (horario especialmente protegido). Pero también a diferencia del cine, no hay propiamente una autoridad administrativa encargada de la clasificación y su cumplimiento sino que se recurre a la autorregulación.³⁰ Es Autocontrol, un organismo formado por las propias cadenas, quien se encarga por velar por el cumplimiento de la norma y recibir y tramitar, en su caso, denuncias por infracciones. Junto con lo anterior, se ha extendido también un sistema de clasificación para los videojuegos que empezó a exigirse a partir de 2001 por parte de los editores y distribuidores de software de entretenimiento.

El sistema de clasificación no deja de ser un sistema de intervención administrativa previa donde se analizan los contenidos con carácter previo a su distribución y exhibición. Cada ordenamiento podrá imponer una mayor o menor restricción según la política gubernamental que exista. No se trata de una censura sino de un mero mecanismo informativo. No se prohíben contenidos sino que, o bien se determina un circuito especial de exhibición o bien se imponen unas determinadas franjas horarias para la protección de la infancia y los menores.

²⁹ En 2017, en todo el mundo se realizaron un total de 28.500 millones de visitas a Pornhub y un registro de 4.052.543 videos pornográficos cargados. <https://www.forbes.com.mx/2017-el-ano-que-supero-las-cifras-y-las-busquedas-en-la-industria-porno/>

³⁰ Igual que hace el artículo 10.1. letra c) del Anteproyecto de Ley de garantía integral de la libertad sexual de la mujer. Cfr. Nota al pie 1.”

Este sistema aparece hoy como obsoleto, al igual que es obsoleto el canal de distribución físico de los contenidos pornográficos. La llamada nueva pornografía utiliza casi exclusivamente la distribución por Internet de manera que las restricciones se burlan con total facilidad. Cabe preguntarse, sin embargo, si la Ley permite la imposición de restricciones. Si se acude a la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información, la cuestión queda fuertemente diluida en un mero código de conducta y la prohibición de envío de comunicaciones comerciales que inciten al juego.

Destaca poderosamente la incapacidad del legislador para trasladar un sistema de intervención administrativa mínima sobre los contenidos y sobre su acceso cuando éstos se producen de forma abrumadora por Internet. Seguimos pues regulando los canales tradicionales mientras delante de nuestros ojos prolifera la libre distribución por Internet. El modo de acceso actual –más si cabe con tecnología 5G de telecomunicaciones– es el teléfono móvil del que disponen un alto porcentaje de menores de 14 años³¹. Es cierto que existen mecanismos de limitación como el control parental o como la acreditación de la mayoría de edad para el acceso cuya burla resulta, sin embargo, tan fácil como extendida. Aunque el Derecho siempre vaya por detrás de la realidad, parecería exigible una mayor determinación normativa, máxime con lo que diremos en el apartado siguiente.

Si se acude al Derecho comparado resulta que algunos países empiezan ya a tomar cierta conciencia de la escandalosa situación de anomía (ausencia de cualquier tipo de regulación). En UK se debatió en el Parlamento en 2017 una modificación de la Ley de Economía Digital con la finalidad de regular el consumo de contenidos pornográficos online³². Según la propuesta –que al final no prosperó– los británicos que quisieran consumir contenidos para adultos deberían adquirir previamente un pase para acceder a este tipo de contenidos en los puestos de periódicos locales tras haber acreditado efectivamente su mayoría de edad. Otras de las propuestas que se barajaban para controlar el acceso de menores, era la obligatoriedad de suministrar los datos de una tarjeta de crédito de manera previa a entrar en las páginas clasificadas. Ello sin embargo planteaba problemas tanto de protección de datos personales como de potencial uso fraudulento de esos datos sensibles. Las iniciativas contaban con la participación del *British Board for Film Classification* (BBFC) que veía con preocupación la distancia que antes hemos expresado entre sistema de clasificación “tradicional” pensado para el soporte físico y la total libertad que impone en Internet. El sistema de código de acceso adquirible en puntos de distribución comercial (quioscos) hubiera permitido restringir el acceso a ciertos contenidos puesto que solo mediante la acreditación con un documento oficial expresivo de la edad y con el pago de una cantidad (10 libras esterlinas) se permitiría el acceso a contenidos clasificados. El sistema no es infalible puesto que, una vez adquirido, es anónimo y se puede transferir pero supone un primer esfuerzo por intervenir el libre y total acceso.

³¹ Instituto Nacional de Estadística. *Encuesta sobre Equipamiento y Uso de Tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Año 2019*. Nota de prensa disponible en https://www.ine.es/prensa/tich_2019.pdf

³² La tramitación completa puede consultarse en <https://services.parliament.uk/bills/2016-17/digitaleconomy/documents.html>

Más recientemente, la Asamblea Nacional francesa ha aprobado en 2020 una norma³³ que concede al *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* (CSA) francés la potestad de bloquear las páginas que no respeten la obligación de que el usuario acredite en la propia página su mayoría de edad. La Ley no indica exactamente cómo hacerlo y será seguramente el desarrollo de la misma la que concretará ese crucial aspecto. Entre los métodos que se barajan como posibles están la tarjeta de crédito –que es el sistema que falló en el Reino Unido– así como la acreditación mediante FranceConnect, una herramienta digital creada por el estado francés y equivalente al sistema ‘Cl@ve’ español. El CSA podrá rastrear si una web con contenido pornográfico no está efectivamente comprobando la edad del usuario que quiere acceder. En ese caso, tendrá potestad para intimarle a hacerlo y a establecer un sistema de control efectivo. Si no se atiende al requerimiento el CSA cuenta con la potestad de solicitar una orden para que los operadores de telecomunicaciones de Francia bloquen el acceso a la web.

Estas y otras experiencias demuestran que se empieza a adquirir conciencia de la dimensión del problema del libre acceso y consumo de contenidos pornográficos en Internet, con la especial preocupación de la protección de la infancia y la juventud. Parece claro que el sistema de clasificación administrativa debe ir acompañado de una restricción de acceso que no sea puramente aparente. En este aspecto, y visto que no resulta efectiva la mera autorregulación ni la apelación a los filtros parentales, el Derecho y la regulación tienen un papel inexcusable del que no deben rehuir por la existencia de dificultades técnicas.

3.2. Derecho penal

La producción, distribución y consumo de pornografía (excepto la infantil), no constituye un ilícito penal. La escalada del porno violento parece ser el traslado a la sexualidad de nuestra sociedad violenta. Pero también un mecanismo de adicción:

no hace falta más que mirar cómo la violencia ha adoptado el lenguaje de la pornografía para expresar sus signos más escandalosos. (...) En la búsqueda del aún más, el porno ha ido acercando sus propuestas al dolor (grabaciones de asesinatos, violaciones reales o simuladas y torturas. No en vano, la denigración de la mujer transformada en un mero cuerpo impersonal es una forma de violencia)³⁴.

Un ejemplo de lo anterior puede verse en la exhibición en el festival de cine de Sitges en 2010 de la cinta *A Serbian Film*, opera prima del director Srdjan Spasojevic. El largometraje contiene escenas tan perturbadoras de pornografía violenta, snuff o gore como la violación de un recién nacido todavía unido por el cordón umbilical a la madre o el arranque de las piezas dentales de una mujer para seguidamente obligarla a realizar una felación. Pese a la posición de la fiscalía, el Juzgado de Primera Instancia nº8 de Vilanova

³³ LOI n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales. Disponible en <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042176652?r=P7ps2iPojw>

³⁴ Iglesias, A. y Zein, M. (2018). 46.

i la Geltrú archivó la querella. La exhibición de la misma cinta se paralizó judicialmente para la Semana de Cine Fantástico de San Sebastián, lo que no impidió que se otorgara a la obra el premio especial del público del mencionado certamen.

Más allá del caso concreto, lo cierto es que la nueva pornografía se caracteriza no solo por su fácil acceso sino también contenido cada vez más extremo en una especie de carrera incrementalista. No se trata ya solo de imágenes de sexo explícito que puedan provocar la excitación del consumidor sino de contenidos altamente perturbadores cuya sola descripción incomoda.

El Código Penal contempla los delitos contra la libertad e indemnidad sexual en su Título VIII, distinguiendo entre la agresión (arts. 178-180) y el abuso (arts. 181-182), según exista o menos violencia o intimidación. Para ellos se contempla una agravante específica para cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. (art. 180.1. agravante primera que viene a unirse a la agravante general subjetiva del art. 22.4). Esta previsión general, lamentablemente, no se aplica para los contenidos pornográficos en la red, donde nada parece susceptible de tener límites.

Algunos contenidos –de ahí la importancia de proceder a su clasificación como anteriormente hemos defendido– pueden incurrir en apología e incluso incitación a la comisión de delitos contra la libertad sexual (por ejemplo las violaciones a mujeres).

El artículo 18 del Código Penal (LO 10/1995, de 23 de noviembre) contiene, en su redactado vigente, varias categorías jurídicas distintas:

- a) La provocación. La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito. (art. 18.1). Si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigaría como inducción. (art. 18.2, párrafo 2º)
- b) La apología, en cambio, a los efectos de este Código penal, se define como la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito.

Tanto la provocación como la apología solo se contemplan para determinados delitos (*numeris clausus*): homicidio y asesinato, lesiones, detenciones ilegales y secuestros, exhibicionismo y provocación sexual, robo, extorsión, estafa o apropiación indebida, recepción y otras conductas afines, cultivo y tráfico de drogas, rebelión militar, delitos contra la corona, asociación ilícita, sedición, atentados, terrorismo, y genocidio. Nótese como –sorprendentemente– los únicos delitos contra la libertad e indemnidad sexual por cuya gravedad el legislador opta por castigar su apología son los de exhibicionismo y provocación sexual (arts. 185-186).

En 2018 dentro del coloquio '*Defensa de los Estados democráticos en el ciberespacio*' y en el marco de los cursos de verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo

(UIMP), el juez de la Audiencia Nacional Eloy Velasco consideraba tremadamente necesario tipificar en el código penal delitos específicos como el de la apología de la violación o la pornografía infantil formulada a través de Internet.³⁵ Esta es, sin embargo, una posición minoritaria dentro de la doctrina jurisprudencial por cuya extensión debe abogarse.

También podemos legítimamente preguntarnos si determinados contenidos pornográficos en la red, por la humillación y vejación de las mujeres constituye, per se, un delito de incitación a la violencia de género. El ordenamiento español no permite el discurso del odio lo que incluye el mensaje de odio al género femenino. Así, el art. 510.1. b) del Código Penal establece, en su reforma acometida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de abril que son punibles –de forma agravada si se utiliza “Internet o uso de tecnologías de la información, de modo que sea accesible a un elevado número de personas”– la producción, elaboración, posesión con la finalidad de distribuir, facilitación a terceras personas del acceso, distribución, difusión o venta de “escritos o cualquier otra clase de material o soportes” que inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad³⁶.

Por lo tanto, parece que el Derecho penal dispondría de un tipo específicamente pensado para la difusión de los contenidos pornográficos humillantes, vejatorios o violentos contra las mujeres. No haría falta siquiera recurrir a la construcción de las distintas categorías del art. 18 (provocación o inducción) sino que se contemplaría como un tipo delictivo de la parte especial. En palabras de Gómez Martín,

a pesar de la no exigencia en el tipo básico del precepto de la idoneidad objetiva de la conducta para alterar la paz pública para crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, parece razonable exigir, no obstante, al menos, que se trate de un comportamiento mínimamente adecuado para alterar de algún modo la seguridad colectiva o el honor de la mujer como colectivo³⁷.

Y si correlacionamos lo anterior con las estadísticas judiciales, la cuestión se revela como meridianamente clara.

Una reflexión final: ante miles de páginas libremente accesibles donde se muestran contenidos de violaciones, vejaciones y graves humillaciones contra mujeres ¿debe el Derecho penal y la política criminal permanecer impasible? ¿no constituyen estos contenidos la semilla de la posterior emulación real de los delitos?. No se trata de una visión mo-

³⁵ Rebollo, M.G. (10 de julio de 2018). El juez Eloy Velasco propone tipificar la apología de la violación como delito informático. *El Mundo*. <https://www.elmundo.es/españa/2018/07/10/5b44999be2704e82938b45a0.html>

³⁶ Un análisis más detallado puede verse en la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2019/05/24/pdfs/BOE-A-2019-7771.pdf>

³⁷ Gómez Martín, V. (2016).

ralista que propugne una censura previa a los contenidos (del tipo ocultar con estrellitas los pezones o pixelar los primeros planos de órganos genitales). Se trata de limitar una carrera desenfrenada hacia los contenidos que constituyen una denigración de la mujer y su cuerpo. Ciertamente, la pornografía lo es en tanto que cumpla la finalidad de excitación sexual del receptor. ¿No debería el visionado de una mujer golpeada o vejada desatar la turbación y repulsión de quien lo contempla en vez de excitación y placer? Pero mientras no se llegue a ese mínimo de dignidad, el ordenamiento jurídico no debe abdicar de la utilización de determinados mecanismos limitativos.

3.3. La ilegalización de páginas web con contenidos violentos y/o denigrantes

Internet ha cumplido ya 50 años. En un primer momento –bastante ingenuo– la libertad de Internet se contemplaba como un avance frente a la intervención de gobiernos y la obligatoria intermediación de conglomerados de comunicación. La herramienta aparecía como un espacio de libertad e ilimitada interacción social. Muy rápidamente, sin embargo, desaparece esta vena buenista y nos damos cuenta de que la red tiene también un enorme potencial dañino. En la medida en que sean utilizados medios informáticos para difundir las imágenes que ensalzan el delito, la apología de delitos se convierte en delito informático, y en este sentido, son cada vez más numerosas las intervenciones frente a páginas Web que promocionan conductas delictivas cuya tipificación aquí planteamos.

La autorregulación de las redes o la ausencia de cualquier tipo de regulación pública pone de manifiesto sus insuficiencias. Así, por ejemplo, se consigue avanzar muy lentamente en la responsabilidad de los proveedores de Internet por los contenidos que alojan. Ello es clave en la persecución del tráfico de drogas, los delitos de odio o la pornografía infantil. Al no considerar los proveedores como editores, se creaba un sistema de puerto seguro que se ampara en varias legislaciones norteamericanas y europeas, en especial en lo relativo a las vulneraciones de los derechos de propiedad intelectual de las creaciones musicales. Esta falsa idea de neutralidad, sin embargo se cuestiona en el caso Payam Tamiz c. Google de 2013³⁸ donde el tribunal inglés considera que Google, una vez es notificado por el perjudicado del contenido difamatorio de la página, puede ser considerado como un “editor por aquiescencia”. Si se traslada a nuestro caso, una vez identificado y denunciado un contenido pornográfico penalmente relevante³⁹, el proveedor de Internet o el alojador de la página puede ser responsable.

La tensión entre derecho a la intimidad del usuario y derecho a la protección de sus datos se manifiesta también en la reciente STEDH Benedik v. Eslovenia.⁴⁰ En el caso, se vulneraría el derecho individual por el acceso policial a los datos sobre atribución de IP di-

³⁸ Tamiz v Google Inc [2013] England and Wales Court of Appeal Civ 68 de 14 de febrero de 2013. Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2013/68.html>

³⁹ De ahí precisamente la utilidad de la intervención administrativa clasificatoria que debería permitir determinar qué contenidos resultan contrarios a la legalidad.

⁴⁰ STEDH de 24 de abril de 2018. Disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-182455%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-182455%22]})

nármicas (revelar la conexión entre el dato y el usuario) si ello se produce sin la preceptiva intervención judicial. Al igual que sucede con la inviolabilidad de domicilio o el secreto de las comunicaciones, puede/debe establecerse un sistema de salvaguarda de los derechos por parte de un juez de garantías.

Parece absurdo poder englobar dentro de la libertad de expresión la difusión de contenidos ilegales, pues en nombre de la libertad de expresión no puede ampararse lesiones de otros de bienes jurídicos superiores⁴¹. Cuando la libertad de expresión se convierte en un instrumento al servicio de los que atentan contra la vida y la libertad sexual de la mujer, debería actuar el Derecho y –con todas las garantías que se precisen– excepcionar el principio de libertad.

La ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible contempla ya un modelo de intervención para el cierre de páginas web que atenten contra los derechos de propiedad intelectual. El sistema administrativo resulta bastante débil pues depende de que el servidor esté situado en territorio español. De nuevo, una medida insuficiente para el mundo digital que, sin embargo, no es suficiente excusa para no abordar una regulación más estricta. La cuestión parece algo más efectiva en lo que refiere a los contenidos relativos a la pornografía infantil, cuyo modelo podría extenderse.

4. Conclusiones

El resultado de nuestro análisis revela dos cuestiones que podemos considerar como casi-ontológicas: En primer lugar, el Derecho, como sistema de ordenación social refleja los valores de la sociedad en la que se aplica. Hay una retroalimentación entre sociedad y Derecho de manera que un determinado ordenamiento legal expresa cómo es esa sociedad y su escala de valores y a la inversa. En nuestro caso, la poca incisividad del Derecho en la restricción de las manifestaciones de violencia, humillación o vejación de las mujeres a través de la pornografía muestra una preocupante tolerancia. En segundo lugar, el Derecho siempre va por detrás de la realidad social. Se recurre al Derecho cuando la realidad ha desbordado ciertos marcos de convivencia. No se utiliza normalmente el Derecho como forma de prevenir o anticipar. Así, en nuestro caso, se manifiesta doblemente: las medidas legales de represión de la violencia contra las mujeres no adoptan ni un enfoque preventivo ni transformador.

A lo anterior, debe unirse, en segundo lugar, una especie de torpeza tecnológica del operador jurídico. Desde el legislador hasta el juez, pasando por la propia Administración pública se ven superados por la capacidad tecnológica de aquello que quiere limitar. Parece que el mundo digital –que el final no es más que una creación humana– queda al margen de su alcance: problemas de jurisdicción internacional; sesgos decisionales debido a algoritmos, o falta de funcionarios debidamente formados. Todo se confabula para cierta parálisis normativa.

⁴¹ Cfr. en este sentido la limitación del legislador en el art. 10.1. del Anteproyecto de Ley de garantía integral de la libertad sexual de la mujer. (Nota al pie 1).

Como hemos expresado al inicio, los datos objetivos sobre criminalidad que sufren las mujeres (tanto violencia sexual como otros tipos de violencias) no solo no mejoran pese a los esfuerzos sino que parecen empeorar. Y empeoran tanto cuantitativamente como también cualitativamente (en el sentido que incorporan a las generaciones jóvenes al paradigma de desigualdad y maltrato por razón de género). Probablemente la cosificación, hipersexualización y pornificación de la sociedad constituyen indicios de este empeoramiento cualitativo.

No hacen falta más normas sino un mejor diseño de las políticas públicas sectoriales. De hecho, como síntesis de las precedentes páginas, valdría la pena profundizar algunos márgenes de mejora del ordenamiento vigente que expresamos en forma de propuestas: (i) contextualizar la violencia sexual como una forma de violencia de género, ya que ésta afecta a las mujeres de forma desproporcionadamente alta; (ii) clasificar los contenidos pornográficos identificando aquellos que contengan representaciones violentas, denigrantes, humillantes o vejatorias contra las mujeres y establecer mecanismos de control previo de acceso a determinados contenidos clasificados; (iii) aplicar las figuras delictivas de la inducción o la apología criminal a los contenidos que supongan representaciones violentas, denigrantes, humillantes o vejatorias contra las mujeres. Para ello se debe incluir en la enumeración del art. 18 CP los delitos contra la libertad e indemnidad sexual; (iv) utilizar la tipificación autónoma del artículo 510 CP como instrumento de persecución de contenidos que inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las mujeres, por suponer una potencial puesta en peligro de su seguridad colectiva; y, finalmente, (v) obligar a los proveedores de Internet a retirar los contenidos que puedan considerarse ilegales por incitar al odio contra las mujeres así como corresponibilizar a las plataformas de contenidos mediante la aplicación de la figura del “editor por aquiescencia”.

Ninguna de estas propuestas legales implica una solución ni fácil ni inmediata. Pero parecería exigible explorar algunas de las posibilidades que ofrecen. El problema es de tal dimensión que no puede seguir insistiéndose solamente en las normas represivas de las conductas de los agresores sino anticiparse para que éstos no encuentren modelos que, por accesibles y difundidos, terminan normalizando las conductas delictivas.

5. Bibliografía

- BALLESTER, Ll.; ORTE, C. y POZO, R. (2019). Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales de adolescentes y jóvenes. En BALLESTER, Ll.; ORTE, C. y POZO, R. (Coords). (2019). *Vulnerabilidad y resistencia: experiencias investigadoras en comercio sexual y prostitución*. UIB. Col.lecció Treballs feministes (16).
- BUENO DE MATA, F. (2015). La apología de la violencia de género en internet: cuestiones procesales y problemas prácticos. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 114.
- COBO, Rosa. (2020). *La pornografía. El placer del poder*. Ediciones B.

- CUERDA ARNAU, M.L. (2010) Los delitos contra la libertad sexual de la mujer como tipos de violencia de género. Consideraciones críticas. *Revista General de Derecho Penal*, 13.
- DE LA MATA BARRANCO, J.N. (2017). Delitos de incitación al odio, hostilidad, discriminación y violencia en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L.; DE LA MATA BARRANCO, N.J. y BLANCO CORDERO, I (Coords). (2017). *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*. 393-400.
- DE MIGUEL, A. (2019). *Neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*. Cátedra-Universitat de València. 12^a ed.
- FERNÁNDEZ ESTRADA, M. (2011). La mercantilización de los cuerpos. ¿Paz social entre los hombres, guerra no declarada a las mujeres. *Investigaciones Feministas* 2, 259-281.
- GALLEGOS RODRÍGUEZ, C. y FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L. (2019). ¿Se relaciona el consumo de pornografía con la violencia hacia la pareja? El papel moderador de las actitudes hacia la mujer y la violencia. *Psicología Conductual*. 27 (3), 431-454.
- GOMEZ MARTÍN, V. (2016). Incitación al odio y género. Algunas reflexiones sobre el nuevo art. 510 CP y su aplicabilidad al discurso sexista. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1996). La pornografía en el Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 9, 467-475.
- IGLESIAS, A. y ZEIN, M. (2018). *Lo que esconde el agujero. El porno en tiempos obscenos*. Los Libros de la Catarata.
- MUÑOZ CUESTA, F.J. (2014). Apología o provocación al delito a través de las redes sociales. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 886.
- PAASONEN, S. (2016). Pornification and the Mainstreaming of Sex. *Oxford Research Encyclopedias, Criminology and Criminal Justice*. <https://doi.org/10.1093/acrefore/9780190264079.013.159>
- PULEO, A. H. (2015). Ese oscuro objeto del deseo: cuerpo y violencia. *Investigaciones Feministas*, 6, 122-138.
- REBOLLO VARGAS, R. (1997). *La provocación y la apología en el nuevo Código penal: la exteriorización de la voluntad delictiva*. Tirant lo Blanch.
- RODRIGUEZ LAINZ, J.L. (2018). El acceso policial a información sobre atribución de IP dinámicas. Comentario a la STEDH del caso Benedik v. Eslovenia. *Diario La Ley* nº 9241.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B. (ed.). (2019). *Autonomía, género y derecho: Debates en torno al cuerpo de las mujeres*. Tirant lo Blanch.
- VELASCO NUÑEZ, E. (2007). Eliminación de contenidos ilícitos y clausura de páginas web en Internet (medidas de restricción de servicios informáticos). *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2, (Ejemplar dedicado a: Los nuevos medios de investigación en el proceso penal. Especial referencia a la tecnovigilancia), 77-124.
- UBIETO OLIVAN, A. (2018). La violencia sexual como violencia de género: una perspectiva desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Femeris*, 3 (2), 165-170.
- USTARAN, E. (1997). La pornografía en Internet: la respuesta legal. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*. 1, 2130-2132.

La violencia de género en España: apuntes para la erradicación

Violence against women in Spain: notes for eradication

ALFONSO TORIBIO DEL HIERRO*
Universidad Carlos III

Recibido: 5/3/2021

Aceptado: 6/4/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6140>

Resumen. La violencia de género es un asunto controvertido, acaparador de portadas en los medios de comunicación y un problema social a escala mundial. Su estudio en profundidad para tratar de aportar unas directrices que encaminen a España a eliminar esta violencia es lo que pretende este trabajo. Desde la conceptualización y diferenciación entre sexo y género, desentrañaremos los causantes de este mal endémico y estudiaremos su origen histórico detenidamente. Ofreceremos una perspectiva detallada del caso español, así como una comparativa interpaís para ilustrar más representativamente el fenómeno. Atenderemos específicamente a una serie de prácticas, por la trascendencia y gravedad de las mismas como paradigma de la violencia contra la mujer: la mutilación genital femenina, la prostitución y la trata de seres humanos. Se explicarán las fortalezas y debilidades del caso español en la materia a través del análisis jurídico de la Ley 1/2004 y el Convenio de Estambul. Por último, a modo de conclusiones propositivas instamos a los poderes públicos a llevar a cabo una serie de medidas que consideramos imprescindibles para frenar la violencia machista, desde tener en cuenta y cumplir la agenda propuesta por el movimiento feminista hasta la protección constitucional de las mujeres obligándoles a luchar contra la violencia de género.

Palabras clave: violencia; género; feminismo; violencia de género; sexo; violencia sexual.

Abstract. Gender-based violence is a controversial issue, a grabber of media covers and a social problem on a global scale. Its in-depth study to try to provide guidelines that lead Spain to eliminate this violence, is what this work aims to do. From the conceptualization and differentiation between sex and gender, we will unravel the causes of this endemic problem and we will study its historical origin carefully. We will offer a detailed perspective of the Spanish case, as well as an intercountry comparison to illustrate the phenomenon more representatively. We will specifically attend to a series of practices, due to their importance and gravity as a paradigm of violence against women: female genital mutilation, prostitution and human trafficking. The strengths and weaknesses of the Spanish case on the matter will be explained through the legal analysis of Law 1/2004 and the Istanbul Convention. Finally, by way of pro-

* alfonso.toribio@hotmail.com

positional conclusions, we urge the public powers to carry out a series of measures that we consider essential to stop sexist violence, from taking into account and complying with the agenda proposed by the feminist movement to the constitutional protection of women, forcing them to fight against gender-based violence.

Keywords: violence; gender; feminism; gender-based violence; sex; sexual violence.

1. Introducción

La situación y la percepción social de las mujeres en España ha experimentado una rauda y sorprendente transformación desde los años de la Transición. La conquista del acceso masivo de las mujeres jóvenes a la educación superior y a la población activa, la conformación de gobiernos paritarios como el actual, la aprobación de la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de género, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, el anteproyecto de Ley de 27 de mayo de 2011 para la Igualdad de Trato y la No Discriminación (presentada de nuevo recientemente, a 21 de enero de 2021, por el grupo Socialista con opciones de salir adelante), la ratificación por parte del Estado español del Convenio de Estambul (Convenio de Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica), así como otros avances muy significativos que han conseguido mejorar la calidad de vida de las mujeres, han sido gracias a la aceptación y difusión de importantes valores feministas (Alberdi, 2000, p. 26).

La sensibilización de la sociedad española y el paulatino abandono de la visión de la violencia machista como un problema privado, desde el mediático caso de Ana Orantes en el año 97¹, evidencia el indudable progreso histórico que hemos experimentado. No obstante, el optimismo ha de servir como motivación para el avance, no una excusa para el descanso.

“Por un lado, hay razones para el optimismo cuando el criterio empleado es el de comparar diacrónicamente nuestra situación actual con la de nuestras madres o abuelas; por otro lado, hay razones para el pesimismo cuando comparamos nuestras vidas con las de la otra mitad de la raza humana: los varones.” (de Miguel, 2008, p. 2).

Resulta conveniente recordar, como señala Anna G. Jónasdóttir, que incluso en aquellas sociedades con altas cotas de igualdad en el espacio público (como las nórdicas), existen contundentes mecanismos que reproducen la desigualdad sexual que, en último término, generan las cifras de violencia machista más altas de Europa.

Si vivimos en una sociedad igualitaria ¿por qué los varones matan a las mujeres?, ¿por qué las gruesas cifras de malos tratos?, ¿por qué aumenta el tráfico de mujeres y

¹ El asesinato de Ana Orantes el 17 de diciembre de 1997 a manos de su ex-marido tras haber expuesto en una entrevista televisiva la violencia a la que llevaba siendo sometida por éste durante más de cuarenta años. Noticia: https://elpais.com/diario/1997/12/18/espana/882399613_850215.html

niñas con fines de explotación sexual por quince o treinta euros el cliente en nuestras sociedades igualitarias?

La española es una sociedad con un fuerte semblante formal de modernidad, de posmodernidad si se prefiere, en la que aparentemente se han superado las desigualdades sexistas (opinión históricamente recurrente para desacreditar la necesidad presente y futura de la lucha feminista²) al contar con una legislación y un consenso social para combatirlas, pero que basta echar un vistazo y profundizar mínimamente en los indicadores de igualdad, para descubrir que el camino aún es largo. El cambio ha de ser radical, acompañado de transformaciones estructurales en otros aspectos no tratados en este trabajo (esencialmente legalista), para erradicar la desigualdad, especialmente en su vertiente más salvaje: la violencia y la prostitución. Como apuntan certeramente Celia Amorós y Ana de Miguel, “el cuerpo de las mujeres es el libro abierto en el que se inscriben las reglas de los pactos patriarcales” (Amorós, 2008). “Y en ese libro hoy se escribe la violencia contra sus cuerpos como violencia física y como cuerpos permanentemente expuestos para su alquiler o venta para uso sexual. Cuando se unen ambos tipos de escritura hablamos de violaciones” (de Miguel, 2008, p. 15).

El objetivo aún lejano, la erradicación definitiva de esta lacra, vendrá determinado por la actuación institucional de unos poderes públicos impregnados de literatura feminista que cumplan íntegramente lo ratificado, por lo que se torna imprescindible en esta tarea el análisis de la Ley que guiará su actuación. Dadas estas razones, el objeto de estudio en el que nos centraremos será el análisis de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, sin excluir otras normas mencionadas anteriormente, por su potencial eficacia, su ejemplo histórico incluso a escala internacional en la lucha de la violencia contra la mujer³ y por ser el principal texto normativo para combatirla legitimando a los poderes públicos; para estudiar sus efectos y proponer mejoras que refuercen su propósito.

Lo que aquí se pretende es un desafío complejo. Transformar radicalmente el marco legal español para realizar una propuesta que erradique efectivamente la violencia machista, atendiendo a los complejos condicionamientos estructurales y prácticos del caso español (necesidad de consenso parlamentario y apoyos electorales suficientes para su aprobación y entrada en vigor). Las propuestas que incluiremos serán: dotar a las mujeres de protección constitucional por el hecho de serlo (a través de la reforma del artículo 9.2 de la Constitución española), reconocer como violencia machista aspectos aún no reconocidos en la Ley vigente (por el hecho de ser mujer, no de ser o haber sido pareja), contemplar el maltrato económico (por ejemplo a través de la acumulación de faltas por no aportar pensiones estando judicialmente obligado el padre y/o esposo a ello) como una forma de violencia machista castigada por el ordenamiento jurídico, reformar el Código Penal para castigar con penas de prisión a los consumidores de prostitución e incluir a las mujeres prostituidas como víctimas de violencia de género, realizar un registro centralizado a nivel nacional de mujeres y niñas susceptibles de ser víctimas de mutilación

² Para profundizar sobre el argumentario antifeminista, se recomienda consultar “Faludi, Susan. *Reacción. La guerra no declarada contra la mujer moderna*, (1991), Barcelona, Anagrama.”

³ La española se trata de la primera Ley Integral contra la violencia de género en Europa.

genital femenina y, por último, eliminar la diferenciación penal entre abuso y agresión sexual trasponiendo el ratificado Convenio de Estambul y vehiculando el consentimiento como criterio diferenciador para considerar el delito de violación sin necesidad de mediar violencia o intimidación. En síntesis, cambiar un conjunto sistémico de aspectos para garantizar la eficacia e íntegro cumplimiento, y no la parcial o mera mejora reformista de la realidad material de las mujeres españolas.

2. Concepto: ¿qué es el género?

Antes de hablar sobre la violencia de género y su evolución desde la antigüedad, hemos de preguntarnos qué es el género. Entendemos por género *“la construcción social y cultural que define las diferentes características emocionales, afectivas, intelectuales, así como los comportamientos que cada sociedad asigna como propios y naturales de hombres y mujeres.”* (Berbél, 2004). Esta construcción se entiende como una imposición estructural que, en palabras de los doctores Lorente, perdura al tratarse de unos *“patrones de conducta transmitidos de generación en generación, a modo de los ímagos o ideas arquetípicas de Jung, que inundan el inconsciente colectivo.”* (Lorente, 1999, p. 47). Así, el género se define como la ideología detrás de la diferencia de trato a los hombres y a las mujeres, es el tronco primigenio que sustenta la desigualdad en sus distintas variantes de ramaje. A diferencia del sexo, determinado biológicamente, el género se impone a través de la educación y pueden cambiarse los comportamientos asociados al mismo (Berbél, 2004). Parte del problema para buscar una solución a la desigualdad entre mujeres y hombres viene por la falta de claridad en la distinción de estos dos conceptos básicos, capital para comprender la violencia hacia la mujer. No debemos confundir el género con una conducta determinada o una elección en nuestro modo de comportarnos y expresarnos, dado que se trata de una

“construcción sociocultural y no un atributo personal o una conducta particular. Los atributos personales que han sido unidos al género dependen del contexto sociocultural y de la definición de género como una categoría social, de hecho también varía dependiendo de su intersección con otras categorías sociales, tales como la raza o la orientación sexual.” (Lorente, 1999, p. 45).

Y es que es el género el que vertebría la estructura de la violencia machista, es la base de la pirámide de la violencia invisible que a su vez es omnipresente en toda su geometría, de manera que:

“El énfasis sobre la diferencia natural y los factores culturales también dieron lugar a la construcción de un “ideal de mujer” que se asignaba a determinadas funciones sociales (las domésticas) y a ciertas conductas (dulzura, paciencia, comprensión...) que eran “casualmente” las idóneas para realizar las tareas que le habían sido previamente asignadas. Así se produce una socialización de las mujeres unida a estos valores y tareas para finalmente acabar

afirmando que la mujer tiene unos “dotes naturales”. En el proceso se esfuma el carácter socialmente construido del género y aparece como natural y biológicamente determinado. En razón del género se asignan unos papeles sociales y esas normas sociales favorecen y crean cierta idea de superioridad en el hombre y expectativas de obediencia en la mujer. Cuando estas expectativas fallan en numerosos casos dan lugar a una situación explosiva de violencia”. (Lorente Acosta, 1999, prólogo).

El comienzo de la gestación de esta diferencia de trato lo encontramos lejanamente en la historia, resultando en una desigualdad que tiene de antigua lo mismo que de cierta:⁴

“La educación que se ha dado a lo largo de la historia basada en un tratamiento diferenciado a niños y niñas, esta enseñanza deliberada de la violencia doméstica combinada con la idea de que las mujeres no podían tener derechos humanos, llega a tomar tal auge en la Edad Media que los hombres llegan a tratar a sus mujeres peor que a sus bestias.” (Lorente Acosta, 1999, p. 16).

Los mandatos sociales, y legales, acerca de los derechos y privilegios del hombre han legitimado históricamente la dominación y el poder del marido sobre la mujer fomentando la dependencia económica de él y garantizando el uso de la violencia y las amenazas para controlar a aquella. De esta manera, esta construcción social acepta que la mujer no trabaje fuera de casa y vea con malos ojos que un hombre permanezca en el hogar realizando las tareas domésticas (Lorente, 1999, p. 45).

La particularidad de esta opresión, caracterizada por su transversalidad y que condena a la mitad de la humanidad a una eterna minoría de edad, explica al igual que su remoto origen su fuerza y dificultad para derrocarlo, mediante el pacto que, entre la totalidad del sujeto antagonista, el hombre, se ha dado independientemente de su posición social de poder para oprimir a la mujer, ya sea en el ámbito público o en el privado:

“Los caballeros de la Edad Media eran tan asiduos a pegar a sus siervos como a sus esposas y a las mujeres comunes de sus baronías. Los campesinos, viendo la oportunidad de poder que sus amos les otorgaban a cambio de su sumisión al patriarcado, aceptarán esta situación, y así todo hombre, por insignificante que fuera tendría una mujer a su disposición con poder absoluto sobre ella.” (Lorente Acosta, 1999, p. 16).

Y es que precisamente a través de esta serie de pactos se conforma un contrato social sexista camuflado en el carácter natural falsamente atribuido al género, encontrando aquí la confusión: en la medida en que la violencia explicada en base al mismo se lleve dando desde hace tantos siglos, no significa que el género sea natural o genético, sino que precisamente la práctica de tantos años lo ha normalizado en nuestras sociedades como si éstas no pudiesen entenderse sin él. Antigüedad no es igual a naturaleza. La esperanza al desolador comienzo de este trabajo reside en esta idea, dado que el género es impuesto

⁴ Para profundizar en este tema consultar “ Lerner, G. (1986). *La creación del patriarcado. Crítica.*”

y educado, a través de la educación en igualdad podemos abolirlo para erradicar la violencia machista en todas las caras de este poliedro viejo y empolvado que es el patriarcado. De esta manera, la sociedad es el veneno y el antídoto (Lorente Acosta, 1999, p. 39), y a pesar de que este problema continúe asolándonos, existe en una proporción muy diferente a la de antaño, y hace tiempo que se están llevado a cabo significativas reformas en la sociedad, en la justicia y en el trabajo. Quizá debido a una evolución de la mentalidad de las personas derivada de las conquistas logradas por la mujer, que se ve a sí misma y es vista diferentemente pudiendo jugar un distinto papel social, que como el resultado de un reconocimiento explícito de este antiguo problema y de la adopción de medidas activas y positivas encaminadas a abolir esta desigualdad (Lorente, 1999, p. 60).

3. ¿Qué es la violencia de género?

Siguiendo hasta nuestros días, la legislación vigente española concibe la violencia de género como la violencia que se ejerce sobre éstas (las mujeres) 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 (Art. 1.1; Ley 1/2004), debido a que es en este contexto donde se desarrolla con mayor brutalidad la violencia física contra la mujer.

No obstante, las mujeres parten de una situación de desventaja en todas las sociedades y ser mujer supone el principal indicador de pobreza y exposición a la violencia en el mundo⁵ (UN Women Annual Report 2016-2017, 2017). Al ejercerse violencia contra ellas, en sus distintas formas, no ocurre únicamente en el ámbito la pareja, por lo que debería contemplarse ampliar el estatuto de víctima de violencia de género no sólo a aquellos casos en los que se acredite la mencionada relación de afinidad, sino que si la mujer es discriminada por el simple hecho de serlo, debemos proteger jurídicamente el conjunto de supuestos sociales en donde va a darse esta opresión.

Considerar víctimas de violencia de género en exclusiva a las mujeres maltratadas por sus parejas o ex parejas, implica reducir la violencia machista a la esfera privada y negar su dimensión estructural, histórica y social. La protección existente en la que encajar en el tipo este fenómeno resulta insuficiente, y la respuesta como sociedad a esta lacra que arrastramos desde la antigüedad debe ser completa y total, abarcando todas las aristas de sus manifestaciones, dada su naturaleza compleja y multidisciplinar, si se pretende erradicar por completo y no paliar superficialmente algunos efectos negativos del machismo.

La legislación vigente considera la violencia en este contexto la “física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad” (Artículo 1.3; Título Preliminar; Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género). Consideramos necesaria, a su vez,

⁵ Afirmamos lo referido tras observar los datos de las estadísticas del mencionado informe, como recoge la siguiente noticia: <https://www.publico.es/sociedad/feminizacion-pobreza-principal-causa-pobreza-mujer.html>

dada la realidad de aquellas mujeres que consiguen hacer frente a su agresor y comenzar una nueva vida como supervivientes de maltrato, la introducción del maltrato económico como un tipo de violencia ejercida por el agresor, muy frecuente en estos contextos, en los que no se procede al pago de pensiones de forma frecuente incluso estando obligado judicialmente a ello.

"En España, el colectivo más afectado por la pobreza es el de las mujeres cabeza de familia (mujeres solas con cargas familiares), las cuales tienen unos ingresos medios inferiores a los de las familias compuestas por dos adultos; que en el caso de las madres solteras, de las separadas y divorciadas, su pobreza se debe principalmente al incumplimiento de los padres en el pago de las pensiones de alimentos a los hijos..." (Pérez del Campo, pp. 58 y 59).

Resultando prácticamente imposible para estas mujeres reconducir su vida y pagando una condena injusta como víctimas, siguen atadas a su maltratador y el riesgo al que quedan expuestas es muy alto. Además, las garantías económicas para superar la violencia de género han de ser suficientes para evitar una de las barreras más frecuentes al denunciar: la dependencia económica al marido siendo éste el único que trabaja fuera del hogar y aporta ingresos, dado que la mujer realiza las tareas domésticas y no percibe remuneración por ello, por lo que depende de él en todos los sentidos, quedando atada a éste y completamente desprotegida.

Esta práctica se encuentra recogida en el artículo 227 CP como abandono de familia, y suele impugnarse por esta vía. Como refuerzo a lo que aquí se argumenta, la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha pronunciado recientemente (STS 239/2021) acerca de esta cuestión, considerando el impago de pensiones como violencia económica y apreciando la imposición de la pena de prisión (por abandono de familia) en lugar de la pena de multa debido a la gravedad del hecho (impago prolongado, durante ocho años en el ejemplo que aquí se expone), y la pena máxima de un año debido también a la extensión del tiempo impagado, sumado a la vulneración inmediata de un acuerdo homologado mediante sentencia.

"existe delito de impago de pensión alimenticia que puede configurarse como una especie de violencia económica, dado que el incumplimiento de esta obligación deja a los propios hijos en un estado de necesidad en el que, ante su corta edad, y carencia de autosuficiencia, necesitan de ese sustento alimenticio del obligado a prestarlo, primero por una obligación moral y natural que tiene el obligado y si ésta no llega lo tendrá que ser por obligación judicial.

Y ello, al punto de que si se produce el incumplimiento del obligado a prestarlos, ello exige al progenitor que los tiene consigo en custodia a llevar a cabo un exceso en su esfuerzo de cuidado y atención hacia los hijos, privándose de atender sus propias necesidades para cubrir las obligaciones que no verifica el obligado a hacerlo. Todo ello determina que podemos denominar a estas conductas como violencia económica cuando se producen impagos de pensiones alimenticias." (STS 239/2021).

No obstante, la dificultad de apreciar este hecho exceptuando casos especialmente graves como el que se exemplifica en la sentencia con alzamiento de bienes societario, su-

mado a la especial situación que sufren la mujer y los hijos como consecuencia del incumplimiento de esta obligación habitualmente por parte del progenitor, exigen un tipo específico considerando esta actuación como violencia de género. Además, debería ampliarse la horquilla penológica para ajustarla a la realidad del hecho en base a su gravedad, con el objetivo de evitar que una de las principales causas de empobrecimiento de las mujeres continúe condenando a éstas a la precariedad.

A su vez, dada la evidencia concluyente acerca del origen de la violencia de género basada en su trasmisión a la infancia, ya sea a través de haber sufrido violencia doméstica en la edad temprana o por haber sido testigo de la violencia ejercida contra la madre o el resto de hermanos, es necesario proteger efectivamente a los menores para evitar las secuelas irreparables en un futuro, especialmente que se conviertan en los maltratadores del mañana. De esta manera, la ampliación del estatuto de víctima de violencia de género debería incluir de forma real y efectiva también a los hijos de la mujer y madre maltratada.

Tras la reforma de 2015 de la Ley 1/2004, se incluye en el artículo 1.2 de la misma la asistencia como víctimas de violencia de género a los hijos menores y menores sujetos a tutela, o guarda y custodia. No obstante, incluyendo a éstos como sujeto principal en el artículo 1.1 (además de facilitar y ampliar el número de mujeres que se quedan fuera de conseguir el estatuto de víctima, desprotegiendo a éstas y a sus hijos menores), el avance en prevención y eficacia en la lucha contra la violencia de género sería más ambicioso.

Como señala el médico y profesor Miguel Lorente:

“Las investigaciones más recientes indican que prácticamente todos los menores inmersos en estas relaciones tormentosas sufren algún tipo de consecuencia en forma de diferentes alteraciones, pero además un 40 por 100 de ellos sufre también violencia física directa consecuencia del maltrato a la mujer, y más de un 30 por 100 padecen alteraciones físicas a largo plazo derivadas de esa violencia.” (Lorente, 2004, p. 184). La conformación de la idea de “normalidad” en el menor es clave para entender qué relación establece con las mujeres y, si éste se desenvuelve en un contexto de agresividad o violencia no solo tiene consecuencias a corto y medio plazo para la madre, también se verán afectados todos los miembros de la familia. De esta manera, los niños expuestos a la violencia tenderán a repetir los actos del padre cuando tengan un conflicto en sus relaciones afectivas, mientras que las niñas en su mayoría lo racionalizarán, se sentirán culpables y, unos y otros, normalizarán la violencia en las relaciones de pareja (Lorente, 2004, p. 189).

Al margen de ciertas conductas consideradas de riesgo o comportamientos potencialmente desencadenantes de violencia machista, el factor clave es

“haber sido víctimas o testigos de malos tratos durante la infancia o la adolescencia, influyendo tanto en el sentido de victimizar a la mujer como de adoptar una conducta violenta por parte del hombre. No se limita a un momento determinado, sino que se transmite de generación en generación, prolongando y aumentando las consecuencias de las que la sociedad será receptora en todos sus sentidos.” (Lorente, 1999, p. 193).

Por lo tanto, para proteger a los menores y cortar de raíz el contagio de la violencia, el primer paso es separar al maltratador de éstos, para que no continúen percibiendo el daño y, especialmente, no se vean infectados y normalicen el maltrato en las relaciones interpersonales. Para que esta estrategia sea efectiva, y dada la tendencia de muchos jueces no liberados del “prejuicio patriarcal jerarquizante de la familia” (Pérez del Campo, 1995, p. 163), si considerásemos a los hijos como indudables víctimas de violencia machista les será más fácil tomar decisiones relativas a la custodia, se les protegerá debidamente del influjo del maltrato y no primaría tanto el orden “naturalmente impuesto” de la familia tradicional a la hora de ponderar, no existiendo un derecho natural sobre los hijos como posesión, menos aún si existe ese influjo completamente perjudicial para ellos y para nuestra sociedad en conjunto.

De esta manera, concebimos la violencia de género como aquella violencia física, psicológica, sexual y económica ejercida sobre las mujeres y los hijos de éstas por el hecho de ser mujeres, independientemente de la relación afectivo-sexual existente entre víctima y agresor, pero sin perder de vista que la mayoría de casos de este tipo de agresiones se dan en el seno de la pareja.

4. Breve intrahistoria de España

Proyectando la realidad patria a través de los datos del Instituto Nacional de Estadística en su publicación “Mujeres y hombres en España”, esbozaremos mediante algunos de sus indicadores un breve relato sobre el patriarcado nacional teniendo 2004 como fecha de referencia, para comprobar si la Ley 1/2004 tuvo efectos significativos o no, si las mejoras o retrocesos son imputables a ella, así como para identificar los sectores a tener en cuenta para avanzar en igualdad y situar nuestro país en un contexto internacional para, en caso de ser pertinente, promover la importación de fórmulas jurídicas extranjeras eficaces en esta materia, valorar las presentes e introducir propuestas originales.

Sin perder de vista el lastre que arrastran las políticas encaminadas a la igualdad entre mujeres y hombres en nuestro país, trataremos de superar el recurrente fallo a la hora de implementarlas cuando se sacrifica la calidad de aquellas por las cifras, en lugar de cuidar el contenido y la efectividad de los programas. Sirven de poco aquéllas si no van acompañadas de recursos, estructuras y personas adecuadas con una firme convicción ideológica acorde con el programa a desarrollar; condiciones necesarias para posibilitar viablemente su ejercicio; o cuando se antepone “la espectacularidad de lo accesorio”, obviando la capital importancia de la finalidad (Pérez del Campo, 1995, p. 149). De esta manera, tendremos en cuenta los datos como simples indicadores que demuestran que aún queda mucho trabajo por hacer, tratando de mirar más allá de las tablas y los gráficos y preguntándonos por qué, por ejemplo, el número de denuncias es tan bajo, por qué matan a mujeres que habían denunciado y cómo podemos mejorar la eficacia de las instituciones para proteger a tantas que lo necesitan.

Como esbozo general, la población en riesgo de pobreza relativa en España es mayor entre las mujeres en todos los niveles⁶, con respecto a la cúspide de la violencia machista, desde 2004 han disminuido sensiblemente los asesinatos machistas, si bien hay que disponer del margen suficiente para apreciar el impacto en la sociedad de la ley y hasta 2010 no comenzó a disminuir, también hemos de tener en cuenta que los problemas existentes de acceso a la justicia (como el miedo a denunciar) explican que una disminución en esta gráfica no se deba necesariamente a una disminución del machismo en nuestra sociedad atribuible a esta ley. En base a esta gráfica y en líneas generales, la Ley 1/2004 se ha mostrado ligeramente eficaz, si bien dista bastante de convertirse en un instrumento para erradicar la misoginia y el machismo de la sociedad española.



Nota: se incluyen aquellos casos en los que el agresor es el cónyuge, excónyuge, compañero sentimental, excompañero sentimental, novio o exnovio.

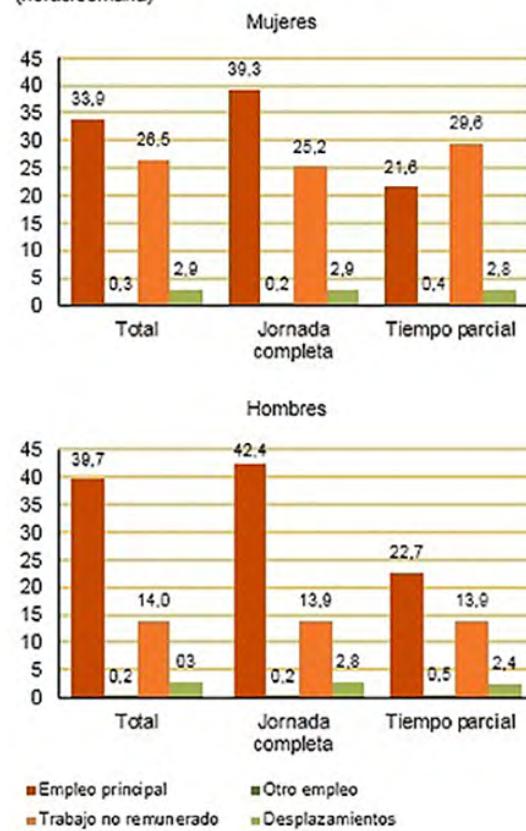
Fuente: 1999-2005: Instituto de la Mujer a partir de noticias de prensa y de datos del Ministerio del Interior. A partir de 2006 datos de la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género

Figura 1.

El número de horas dedicadas al trabajo remunerado y no remunerado (cuidado y educación de sus hijos o nietos, cocinar y realizar tareas domésticas, cuidado de familiares ancianos o con alguna discapacidad, hacer un curso o formación, actividades deportivas, culturales o de ocio, políticas o sindicales, actividades de voluntariado o caritativas) revela diferencias aún persistentes que ilustran a la perfección la insuficiencia de lo logrado.

Mientras que el número de horas del empleo remunerado dista en menos de 6 puntos, la diferencia del tiempo dedicado entre hombres y mujeres del trabajo no remunerado es de

Horas de trabajo remunerado, no remunerado, desplazamientos, por semana según tipo de jornada. 2015 (horas/semana)



Nota: Encuesta realizada a personas ocupadas

Fuente: Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. 6º EWCS. 2015. Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo

Figura 2.

⁶ Fuente: INE.es. Salarios, Ingresos, Cohesión Social. Población en riesgo de pobreza relativa según situación laboral y periodo. España, UE-27 y UE-28 (población de 16 a 64 años).

12.5 horas a la semana. Cuando introducimos diferencias entre la existencia o no de hijos y si tiene pareja (gráfico adjunto), las diferencias son abismales. Casi siempre es más del doble el número de horas dedicadas por las mujeres españolas al trabajo no remunerado, pero cuando éstas tienen hijos la cifra se dispara. Observamos un escalón abismal que alcanza el equivalente a una jornada completa (40 horas semanales), mientras que en los hombres ese trabajo a lo sumo alcanza las 20 horas a la semana. Con razón han defendido históricamente el movimiento feminista la importancia de la división sexual del trabajo, el expolio en términos económicos que se les debe a las mujeres es incalculable. Porque “una población de mujeres genérica y enteramente liberada de la servidumbre doméstica, quiebra en su base la actual injusta estructuración de la sociedad.” (Pérez del Campo, 1995, p. 153). El reparto equitativo de las tareas del hogar y los cuidados debe ser una prioridad en la coeducación y en los objetivos marcados por la Ley para combatir la violencia machista, dado que aunque puedan verse como asuntos separados, uno es un mandato básico del género y el otro la consecuencia más brutal y violenta del mismo. Además, liberar a las mujeres del trabajo doméstico supone también dotarlas de autonomía económica, principal paso para salir de una situación de maltrato por la existencia de medios materiales para rehacer una vida. Es evidente que la Ley 1/2004 no ha logrado superar este aspecto y ha de ser una prioridad acudir a la raíz del problema para curar en menos generaciones de las estimadas la desigualdad entre sexos.

Síntoma de no estar sanada de esta dolencia, España aún no ha superado tampoco la brecha en las carreras universitarias asociadas a oficios tradicionalmente desempeñados por hombres, situándose en niveles inferiores a los europeos para las mujeres. El mandato del género sigue presente en nuestra sociedad y estamos lejos de abolirlo, hemos de avanzar hasta que por lo menos consigamos el mismo número de licenciadas en ciencias, matemáticas, informática, ingeniería, industria y construcción, que de licenciados. Siendo otro aspecto relevante que observar como indicador de los efectos del género en la conformación de futuros distintos para las mujeres y los hombres en España.

En su inmensa mayoría, los partidos políticos tienen una soberrepresentación de varones en sus cargos ejecutivos. En materia de género, la sociedad española no se encuentra debidamente representada, existiendo ligeramente más mujeres que hombres (algo más de 23 millones 700 mil frente a los 23 millones 100 mil varones, según datos del INE).

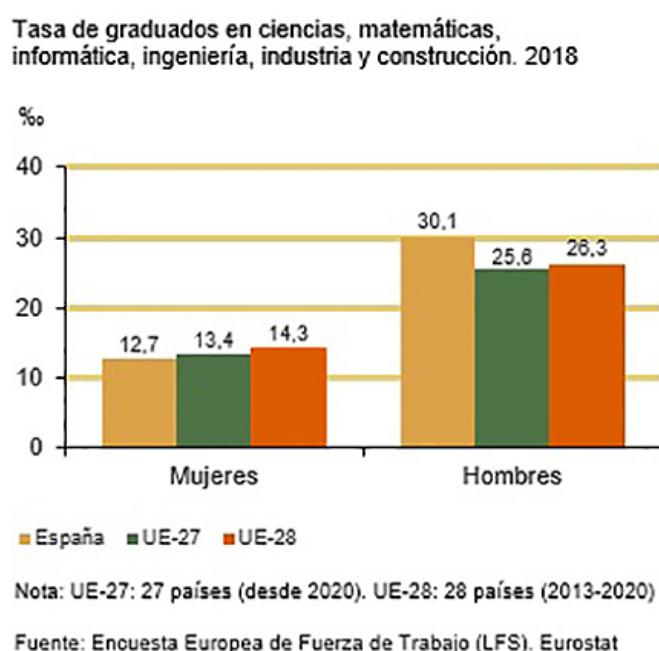


Figura 3.

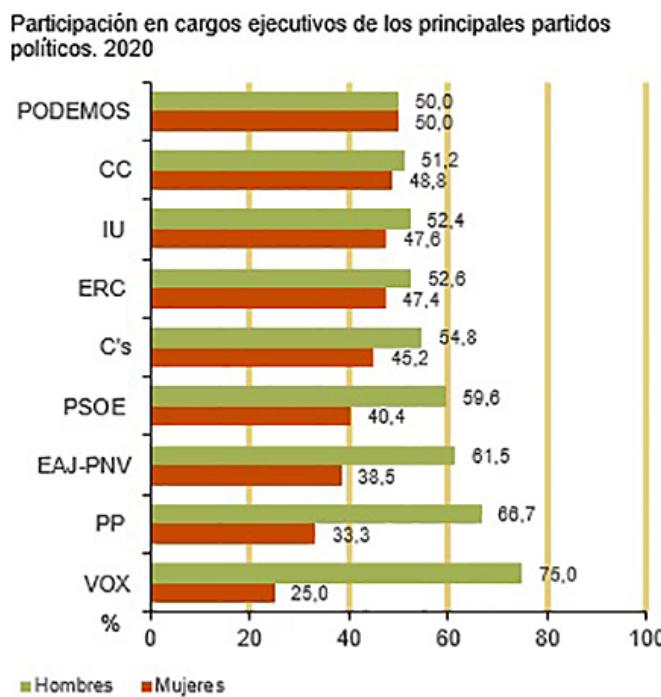
El poder político peca de cierta discriminación que ya se intenta paliar para tratar de asegurar a las mujeres el espacio que les corresponde en el ejercicio del mismo, pero que aún no se haya logrado una igualdad efectiva en este ámbito es representativo del lugar en el que nos encontramos y, en consonancia con el resto de datos y pese a las mejoras acaecidas, las cifras invitan a la esperanza por seguir luchando.

Frente al tópico (ya aludido en la introducción) recurrente en la historia del feminismo sobre su necesidad en el pasado y su impertinencia en el presente por ser “extremista” y demás calificativos peyorativos, reivindicamos que la realidad española exige una lucha feminista fuerte en el presente y futuro (por lo menos cercano) hasta convertir estos indicadores de desigualdad tomados como ejemplo y otras referencias sociológicas en irrelevantes, por lo menos, para los estudios de género. Esta batalla ha de ser también obra conjunta del resto de la ciudadanía, a la que este trabajo pretende sumar humildemente, puesto que solo con la voluntad política conjunta y democrática conseguiremos revertir esta situación.

5. La violencia de género en el mundo: perspectiva comparada

La magnitud de esta problemática obliga a tener en cuenta la realidad de las mujeres más allá de las fronteras nacionales. Según datos de Naciones Unidas, la violencia de género se da como mínimo en 1 de cada 3 mujeres en el mundo (UNFPA, 2020), esto teniendo en cuenta la definición institucionalizada de qué se entiende por este tipo de violencia y los datos que consiguen recabar tanto las autoridades estatales como organismos internacionales, que en muchos lugares del globo alcanzan un porcentaje ínfimo de la realidad.

Tanto para entender su trascendencia como para buscar soluciones en otros contextos, la perspectiva comparada es necesaria incluso en un estudio de caso nacional dado que el problema de la aceptación de la violencia de género supera los estereotipos culturales, las clases sociales y no se supera con una mayor formación académica (Burgués, Oliver, Redondo, y Serrano, 2006) además de afectar a mujeres de todos los países, clases sociales, culturas y edades. Así, nos asomaremos a la realidad de la mujer en distintos



Fuente: Elaboración del Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades a partir de los datos publicados en la web de cada uno de los partidos políticos

Figura 4.

países, veremos qué dice el derecho internacional que vincula a España (especialmente el Convenio de Estambul), expondremos qué prácticas funcionan en otros países y serían susceptibles de implantación en nuestro país, así como reconocer aquello en lo que el Estado español es pionero y aplica correcta y eficazmente.

5.1. La mutilación genital femenina

Una de las prácticas recurrentes más vejatorias para los derechos de las mujeres y las niñas en el mundo, especialmente vulnerables, es la mutilación genital femenina (en adelante MGF). Estos procedimientos se practican generalmente entre la lactancia y la adolescencia, y en algunos casos en la edad adulta. Se calcula que cada año más de 3 millones de niñas corren el riesgo de sufrir MGF (OMS, 2020) y que más de 200 millones de mujeres y niñas vivas actualmente han sido objeto de esta práctica según datos disponibles en 30 países (UNICEF, 2016). Entre aquellos países en los que prevalece este tipo de mutilación varía entre los grupos étnicos de alrededor de 30 países del África Subsahariana y en algunos de Oriente Medio y Asia, en el que se realiza desde tiempos ancestrales como rito de paso y constituye un elemento socializador indispensable para la socialización de las niñas (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2020).

El alto peso demográfico de la población española proveniente de aquellos contextos, con tasas de masculinidad altas y muy propicias a los reagrupamientos familiares así como a la elevada natalidad, aumenta el riesgo de las niñas de ser víctimas de MGF. Como recoge el último estudio de MGF en España, realizado por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, la MGF es una realidad social en España pese a su persecución judicial, concentrándose en la referida exportación de la práctica que ciertos grupos étnicos realizan desde sus países de origen.

“Según el ‘Joint Shadow Report - Spain’, se destaca que no existe un registro nacional que centralice el número de casos de mujeres y niñas afectadas por la MGF en España y debería ser una obligación del Gobierno proveer este registro de carácter nacional involucrando a las administraciones públicas a distintos niveles (acorde al artículo 11 del Convenio de Estambul)” (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2020).

La obligatoriedad de este registro consiste en la recopilación de datos a intervalos regulares, no implicando necesariamente la creación de un registro estable. Además, el Gobierno español se ha mostrado reacio a implementar esta directriz futura como expresa en el mismo ‘Joint Shadow Report - Spain’, dado que delimitar a población proveniente de ciertos países podría suponer una causa de discriminación. Más que una excusa para no crear un registro estable que permita erradicar eficazmente este tipo de prácticas hacia las mujeres y niñas, la observación realizada por el gobierno español ha de verse como un reto. Así, la creación de este registro ha de estar planteada en términos que eviten cualquier tipo de estigma por motivos de origen o procedencia, dado que es un primer paso imprescindible para la actuación de los poderes públicos españoles en esta lucha. No obstante, si tenemos en cuenta el número de menores de 14 años provenientes de aque-

llas zonas en las que es habitual la ablación del clítoris, podemos cifrar en torno a 18.000 las niñas en riesgo de ser mutiladas en España (Baena Garrido, 2020). Por ello, tanto las que han sido víctimas como la población en riesgo de serlo deberá ser una información esencial y una condición necesaria a disposición del Estado español de cara a la actuación preventiva y la evitación de este tipo de crímenes.

5.2. Prostitución y trata de seres humanos

La trata de personas, especialmente de mujeres y niñas con fines de explotación sexual (íntimamente ligada a la prostitución, dado que el tráfico es una consecuencia de la oferta y la demanda del mercado de la prostitución (Díez Gutierrez, 2009)), representa una de las caras más violentas de la desigualdad entre sexos de la que España no es capaz de librarse pese a sus esfuerzos en igualdad, dado que constituye el tercer país del mundo que más prostitución demanda (Hernández Velasco, 2019) según datos de la ONU, siendo uno de los principales destinos del tráfico de mujeres y un punto estratégico en el tránsito (UNODC, 2010). Naciones Unidas cifra en torno a 350.000 las mujeres prostituidas en España, de las cuales, se calcula que entre el 80 y el 90% son migrantes (TAMPEP, 2009). A su vez, el nuestro es el segundo país de Europa que cuenta con más burdeles, y es que Naciones Unidas advierte que el 39% de los varones españoles ha pagado en alguna ocasión por mantener relaciones sexuales. El negocio de la prostitución mueve alrededor de 108.000 millones de dólares anuales internacionalmente, constituyendo el segundo que más cantidad de dinero maneja a nivel mundial después de la droga. En España, esta actividad supone el 0.35% del PIB (INE, 2018), es decir, 4.100 millones de euros en estimación para el año 2018. Si las cifras oficiales son alarmantes, los expertos apuntan que se infravalora la realidad al ser demasiado precavidos con ellas, así como para tener en cuenta a las menores de edad que sufren esta violencia.⁷

La dificultad punitiva que plantea la erradicación de esta práctica se ejemplifica de manera representativa con el número de causas enjuiciadas por proxenetismo que recoge la Fiscalía General del Estado, siendo estas tan solo 103 en el año 2017. España solo castiga ciertas formas de proxenetismo y además de la dificultad en el planteamiento de la prueba al tratarse habitualmente de organizaciones transnacionales, se suma la necesidad de probar la vulnerabilidad de la víctima, siendo absolutamente indispensable el testimonio de esta que, normalmente, debido a la situación de miedo y extrema indefensión a la que se ve sometida, no se presta a facilitar. Para combatir esta realidad especialmente dañina en nuestro país hemos de comenzar por incorporar un elemento del caso boliviano: la consideración de la trata de seres humanos como delito de lesa humanidad sin prescripción debido a su gravedad, para facilitar así el enjuiciamiento de estos casos especialmente difíciles en la recabación de pruebas, así como la penalización al pagador,

⁷ Declaraciones del profesor investigador de la Universidad Pontificia de Comillas Jorge Urroz durante las jornadas “Visibilizando a las víctimas de trata” el 23 de septiembre de 2016. Consultar en: <https://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticias/7845621/09/16/Las-cifras-de-la-explotacion-sexual-en-Espana-40000-mujeres-la-sufren-.html>

considerado un cooperador necesario para que este tipo de violencia contra las mujeres persista.⁸ Siguiendo el ejemplo de Suecia que desde 1999 establece penas de cárcel para los demandantes de prostitución y que posteriormente países como Noruega han implantado, estas medidas junto con la consideración de las prostitutas como víctimas de violencia de género han demostrado ser eficaces, reduciendo significativamente el número de mujeres prostituidas⁹.

Por lo que, dado que la erradicación de la violencia machista pasa necesariamente por la abolición de la prostitución puesto que ésta se encuentra íntimamente ligada a la trata de seres humanos y constituye un atentado contra la igualdad de género, consideramos necesaria la punición con penas de cárcel para los clientes de prostitución, así como la consideración de mujeres prostituidas como indudables víctimas de violencia de género que puedan acogerse a la protección que el Estado brinda a éstas. El Estado español, así, debe abandonar la ambigua situación actual de alegalidad en materia de prostitución y apostar por formas abolicionistas del modelo nórdico para avanzar en materia de igualdad.

5.3. Normativa internacional: el Convenio de Estambul

La amplia colección de instrumentos que el derecho internacional presenta para la lucha en la eliminación de la violencia contra la mujer ha sido elaborada en la inmensa mayoría de Organizaciones internacionales universales y regionales. Estas herramientas que superan las barreras nacionales son (Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, 2020):

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966, ambos redactados por la Organización de Naciones Unidas, organismo clave en esta labor.
- La Convención sobre eliminación de todas las formas de violencia sobre la mujer (CEDAW) de 18 de diciembre de 1979.
- III Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Nairobi en 1985.
- IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995.
- Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (CSW).
- En el ámbito europeo, el Consejo de Europa destaca por esta labor con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Labor que culminaría con el Convenio sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres

⁸ En opinión de Beatriz Sánchez Álvarez, fiscal adscrita al Fiscal de la Sala de Extranjería. Consultar en: <https://www.elmundo.es/espana/2019/02/04/5c588ed421efa079228b45a5.html>

⁹ Según datos del Instituto sueco, en diez años desde su entrada en vigor, esta ley ha conseguido reducir la cifra de compradores de prostitución desde el 13,6% hasta situarla en menos del 8% de la población de Suecia. Consultar en: https://elpais.com/internacional/2016/04/07/actualidad/1460050306_463588.html

y la violencia doméstica, de 11 de mayo de 2011, conocido como Convenio de Estambul.

- La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consagra en su artículo 23 la igualdad entre mujeres y hombres como valor fundamental.
- El Parlamento Europeo sintetiza en la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Violación de los Derechos de las Mujeres el 14 de abril de 1997 las resoluciones elaboradas sobre agresiones a mujeres, pornografía, violaciones de libertades y derechos fundamentales y trata de seres humanos. El 26 de noviembre de 2009 publica la Resolución sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, instando a los Estados miembros a emprender acciones para combatirla.

Además de otros desarrollos normativos sobre cuestiones específicas de violencia contra la mujer, como por ejemplo la Directiva 2002/73 de 23 de septiembre de 2002 del Parlamento y del Consejo, sobre acoso sexual y la mutilación genital femenina.

Todos estos textos han sido ratificados por el Estado español, y a pesar de ello seguimos encontrando aquellos problemas que estas normas pretenden extinguir, por lo que una vez más la calidad de la implementación demuestra mayor importancia que el número de normas que se ratifiquen para conseguir un cumplimiento efectivo de los textos legales.

Entre estos textos destacaremos el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica) de 2011 ratificado por España en 2014 y entrando en vigor con su publicación en el Boletín Oficial del Estado el 6 de junio del mismo año. Nos centraremos en esta norma vinculante para España por el incumplimiento sistemático de un aspecto fundamental de la misma, que el movimiento feminista patrio lleva reivindicando durante décadas (además de Amnistía Internacional¹⁰), y que adquirió especial relevancia recientemente por el mediático caso de “La Manada”¹¹. Nos referimos a la distinción de los tipos penales de abuso y agresión sexual (Ley Orgánica 10/1995, 1995, arts. 181 y 178, respectivamente), en los cuales se emplea la concurrencia de violencia o intimidación para discernir entre un tipo penal u otro, cuando el ratificado Convenio de Estambul, en su artículo 36, menciona exclusivamente el consentimiento como criterio a tener en cuenta para hablar de violencia sexual (incluida la violación, como reza el título del citado artículo). De esta manera, el Estado español está incumpliendo un Convenio ratificado, por lo que esta reforma es una exigencia para el Derecho nacional. Puesto que el consentimiento ya es tenido en cuenta a la hora de valorar este tipo de delitos, se trata de “redimensionar su valencia” dejando a un lado otros criterios como la violencia o la intimidación (Acale Sánchez, 2020, p. 36). A su vez, el Tribunal Supremo apunta en la STS 344/2019, de 4 de julio de 2019, que para

¹⁰ <https://www.amnesty.org/es/latest/campaigns/2018/04/eu-sex-without-consent-is-rape/>

¹¹ Un caso de violación grupal de cinco hombres a una joven de 18 años en las fiestas de San Fermín, muy polémico en la sociedad española en torno a la diferenciación penal entre abuso y agresión sexual. Inicialmente los tribunales navarros sentenciaron el caso como un abuso sexual, el pleito concluyó con la sentencia condenatoria de violación por parte del Tribunal Supremo. Es de destacar la masiva movilización que el movimiento feminista español consiguió en las calles expresando su rechazo a las sentencias iniciales y demostrando su desacuerdo con la concurrencia de violencia o intimidación para que se dé una violación, en la concurrencia o no de consentimiento.

valorar el consentimiento no se trata únicamente que la víctima haya expresado que no, sino que el silencio es una forma de comunicación válida en este contexto sórdido y crudo y “puede ser interpretado como un rechazo”. Proponemos, pues, que se refundan los tipos penales de agresión y abuso sexual, y todo acto sexual sin consentimiento se enmarque como el mismo delito: una violación.

Por este motivo, el anteproyecto de ley revisado por el Consejo Fiscal en los momentos de redacción de este trabajo (Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual), que propone llevar a cabo esta reforma del Código Penal en su artículo 178¹² además de elevar a rango de Ley Orgánica el contenido ratificado en 2014 con el Convenio de Estambul, es muy necesario y esperemos que siga adelante y esta propuesta se materialice, debiendo tenerse en consideración la gravedad del ataque con el ajuste de las penas mediante un listado de circunstancias extraordinarias para ampliar el injusto en la agresión sexual (Acale Sánchez, 2020, p. 54), con la esperanza de que pronto el abuso y la agresión sexual se refundan en un único tipo penal, el de agresión sexual, en torno a la idea de consentimiento, y se consiga así avanzar en el cumplimiento íntegro del Convenio de Estambul.

5.4. La Ley española contra la violencia de género (1/2004) en contexto

Las leyes de los Estados en materia de igualdad podemos dividirlas en función de la velocidad con la que se esté atajando el problema de la desigualdad basada en el sexo (Marín de Espinosa Ceballos, 2017). Por un lado, tenemos aquellas que se limitan a mencionar el feminicidio (ej. Chile u Honduras), por lo que estos Estados deberían desarrollar una normativa específica en materia de violencia de género, posteriormente tendríamos aquellos estados que, contando con una normativa específica para combatir la violencia de género, solo entienden ésta en el ámbito de la pareja (como es el caso de España). Estos países tienen leyes de primera generación, destinadas a proteger a la familia de la violencia doméstica más que a las mujeres específicamente. Finalmente, nos encontramos con países que tienen verdaderas leyes contra la violencia de género porque incluyen a todas las mujeres que pueden sufrirla, no sólo la pareja. Estas leyes no olvidan que existen otras víctimas del machismo (hijas, hermanas, madres, vecinas, compañeras de trabajo, etcétera) y otros contextos además del doméstico en el que se vulneran los derechos de las mujeres (profesional, educativo, en el ocio...). Es decir, que estas leyes no protegen a las mujeres de todos los actos de violencia en circunstancias de desigualdad estructural ni contemplan todos los tipos de agresiones para someterla. Por este motivo, pese a lo positivo de lo conseguido hasta el momento, consideramos la española una ley insuficiente e incompleta que solo es capaz de dar una respuesta parcial al fenómeno multidisciplinar de la violencia de género. De esta manera, España tiene que avanzar siguiendo las reco-

¹² El citado artículo reza así: 1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”.

mendaciones para conseguir una ley de segunda generación completa contra la violencia machista que contemple todas las formas de violencia de género, para aspirar a alcanzar cotas más altas de igualdad entre mujeres y hombres.

En líneas generales y como colofón, España indudablemente se sitúa en una posición ventajosa en igualdad de género en comparación con la mayoría de países del mundo¹³, no obstante, el formalismo legal que observamos internamente también se da con respecto las normas internacionales: España ratifica todo tratado contra la de violencia de género a la par que incumple ciertas prerrogativas esenciales para la igualdad y parecen no ser suficientes para sepultar el machismo, puesto que las cifras continúan siendo alarmantes en esenciales indicadores de desigualdad.

6. De la lucha y la esperanza: hacia la constitucionalización

El estado actual de los derechos la mujer en España, y especialmente en el mundo, invita al pesimismo. No obstante, las conquistas logradas y la progresiva aceptación del feminismo en la sociedad española auguran un futuro en el que la posibilidad de la erradicación no sea una quimera. De las diversas formas que esta violencia presenta y las dificultades que este poliédrico problema plantea, la única conclusión clara es que para acabar con la violencia de género y el machismo es necesario continuar la lucha.

Es por ello que la conclusión de la progresiva aceptación de la lucha feminista en la sociedad española¹⁴, materializada en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género de 2017, ha de ser la protección constitucional de esta labor a través de la reforma del artículo 9.2 CE para incluir expresamente la igualdad de género como labor de los poderes públicos. Blindar, así, el feminismo en la esencia misma del Estado español es una tarea pendiente en nuestro país, dado que un esfuerzo tan grande no puede depender exclusivamente del color político momentáneo de aquél que ostente el Gobierno, y la actuación encaminada a combatir el sexism ha de ser permanente y, de incumplirse, considerarse contraria a la Carta Magna del Estado.

Lejos de pretender solucionar los problemas del sexo femenino a través de una política simbólica como puede parecer la constitucionalización de la lucha contra la violencia de género, el único símbolo que pretendemos exhibir es el de la materialidad de las políticas propuestas en este trabajo que afectan directamente a los intereses y necesidades de las mujeres españolas y el refuerzo a la legitimidad del movimiento feminista. De igual manera, constitucionalizar la protección a la mujer supone aumentar el sistema de garantías para asegurar la no vulneración de sus derechos y reforzar la acción multinivel en el tratamiento del problema.

¹³ Concretamente, España es el octavo país del mundo según "The Global Gender Gap Report 2020". Consultar: <https://amecopress.net/Espana-octavo-pais-del-mundo-en-igualdad-de-genero>

¹⁴ Según la nota informativa del Barómetro de febrero de 2020 del CIS, el 93,3% de los españoles cree que la violencia de género es un problema preocupante. Además, un 71,3% de los encuestados considera que la actual ley de violencia de género no es suficiente y "habría que hacer más cosas".

Como recordatorio constante en la acción de gobierno, la importancia de esta propuesta es tan grande como su dificultad de llevarla a cabo, dado que sería necesario el procedimiento de reforma “agravado” (art. 168 CE) con la correspondiente mayoría de dos tercios en el Congreso y Senado, con las exigencias y garantías de consenso que ello conlleva, respetando los procedimientos formales y límites materiales. No obstante, esta medida debería ser tenida en cuenta en la siguiente ocasión de reforma del texto constitucional y aprovechar la circunstancia para llevarla a cabo si se quiere atajar el problema de la violencia machista, cuestión urgente para los poderes públicos, dado que así lo considera la sociedad española. Este consenso social que demanda el fin de la violencia contra la mujer, ha de visibilizarse en el seno de las instituciones guiando a los actores políticos a consensuar un acuerdo permanente que materialice el pacto social ya conseguido entre la ciudadanía, y la mejor forma de hacerlo es con la constitucionalización expresa, acto que ayudaría a definir la posición jurídica de las mujeres con los poderes públicos (Torres Díaz, 2013, p. 28).

Con el mismo propósito de carácter sustancial y alejado de la crítica al simbolismo que esta reforma podría suponer, el avance que la protección constitucional supondría para las mujeres permitiría escalar en los indicadores de democracia, dado que un país en el que la mitad de la población vive con miedo de ser agredida sexualmente¹⁵, que solo condena entre un 10 y un 15% de este tipo de violencia (INE, 2019), el estado de impunidad que casos como el de “La Manada” demostraron al exponer que “violar sale barato” en España, es algo que una democracia avanzada no puede permitirse. Porque a pesar de tener una buena ley, y que cuando se castigue a los culpables se haga adecuadamente, los fallos de nuestro Derecho penal contemporáneo son sobre todo para con la víctima, dado que aquél “cumple más o menos bien su papel respecto al delincuente, pero que no cumple ni mínimamente su papel respecto a la víctima” (Bernistain Ipiña, 2000, p. 60). Si esto ocurre generalmente, más aún lo es para los casos en los que es víctima de SAM (Síndrome de Agresión a la Mujer)¹⁶, faltando las “pretensiones de la victimología” para que las víctimas sean atendidas humanamente “antes, durante y después del proceso penal con el fin de evitar una segunda victimización” (Bernistain Ipiña, 2000, p. 60).

Por todo ello, el conjunto de propuestas planteadas en este trabajo deberá apuntar a conseguir la constitucionalización de esta violencia como garantía de correcta actuación de todo el aparato del Estado, para que la acción encaminada a hacer de la violencia de género un asunto pasado sea total, desde todas las aristas que este complejo problema abarca y requiere para su erradicación.

¹⁵ “El 83% de las mujeres españolas siente miedo al volver a casa sola de noche”. ABC.es https://www.abc.es/familia/mujeres/abci-83-por-ciento-mujeres-espanolas-siente-miedo-volver-casa-sola-noche-201912070142_noticia.html

¹⁶ El Síndrome de Agresión a la Mujer es definido por los doctores Lorente como: “Todas aquellas agresiones sufridas por la mujer como consecuencia de los condicionantes socioculturales que actúan sobre el género masculino y femenino, situándola en una posición de subordinación al hombre, y manifestadas en los tres ámbitos básicos de relación de la persona, maltrato en el medio familiar, agresión sexual en la vida en sociedad y acoso en el medio laboral” (Lorente Acosta, 1999).

7. Conclusiones y directrices futuras

Llegados a este punto, podemos concluir que la Ley 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha sentado un importante precedente en la lucha contra la violencia machista en nuestro país, acompañada de diversos instrumentos jurídicos y voluntad política de cumplimiento. No obstante, los resultados y el tiempo transcurrido tras su entrada en vigor permiten considerarla una norma insuficiente que requiere de un mayor número de iniciativas y acciones de cara a atajar este problema prioritario para la sociedad española.

Es por ello que proponemos:

1. La ampliación del estatuto de la víctima de violencia de género a todos aquellos casos y contextos en los que se ejerza violencia en todas sus formas contra la mujer por el simple hecho de ser mujer, no únicamente en el ámbito de la pareja.
2. La expansión real, efectiva y completa, a su vez, del estatuto de la víctima a los hijos de la madre y mujer maltratada, como prevención al contagio generacional de la violencia de género.
3. La consideración de maltrato económico al impago y desatención de las obligaciones económicas del padre y/o esposo para evitar culpabilizar a las víctimas condenándolas a la precariedad, además de eludir la barrera de la dependencia económica como freno a la denuncia y separación del maltratador.
4. La refundición de los tipos penales de agresión y abuso sexual en una única figura jurídica que considere todo acto sexual sin consentimiento una violación, sin necesidad de mediar violencia o intimidación para enmarcarlo en esta categoría garantizando el cumplimiento íntegro del Convenio de Estambul.
5. La definición como delito de lesa humanidad a la trata de seres humanos para evitar la prescripción y favorecer así su investigación y enjuiciamiento, sumando la punición con penas privativas de libertad a los clientes de prostitución y la categoría de víctima de violencia de género para las mujeres prostitutas.
6. La creación de un registro nacional centralizado de víctimas de MGF en España, así como de población vulnerable en riesgo de sufrir esta práctica para prevenir su comisión.
7. Por último, la inclusión mediante reforma en el artículo 9.2 CE de la lucha contra la violencia de género como obligación de los poderes públicos para garantizar mediante su constitucionalización una mayor eficacia en la consecución de los objetivos de igualdad.

Esperamos que la actividad de gobierno en los años venideros para España continúe la labor en igualdad que viene realizándose hasta el presente, y es por ello que confiamos en el avance contra la violencia de género y la asunción de iniciativas como las aquí propuestas, que permitan atajar la lucha y tender puentes entre las instituciones y el movimiento feminista, para conseguir el objetivo de cero víctimas mortales al año y acabar con

el machismo en todas sus formas en un futuro cercano. En este sentido y con la finalidad de ser un referente en la lucha contra la violencia de género, la escucha ciudadana a las reivindicaciones y demandas sociales es clave en la evitación de demoras injustificadas a la ampliación de las garantías de los derechos humanos de las mujeres, por lo que el diálogo entre los poderes públicos y el feminismo ha de marcar la agenda de gobierno en el futuro como requisito esencial para erradicar la violencia de género.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M. (2020). "El consentimiento de la víctima: piedra angular en los delitos sexuales", en Alapont, L. y Gómez Cussac (Dir.) *Estudios jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 35-58.
- ALBERDI ALONSO, I. (2000). *Las mujeres jóvenes en España*. Fundación "la Caixa".
- AMORÓS, C. (Coord.) (1994). *Historia de la teoría feminista*. Instituto de investigaciones feministas.
- BAENA GARRIDO, M. (6 de febrero de 2020). En España hay 18.000 niñas en riesgo de ser mutiladas. *La Vanguardia*. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20200206/473306966791/en-espana-hay-18000-ninas-en-riesgo-de-ser-mutiladas.html>.
- BERBÉL, S. (2004). *Sobre sexo, género y mujeres*. <https://www.Mujeresenred.net>.
- BERISTAIN IPIÑA, A. (2000). *Victimología: nueve palabras clave*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BURGUÉS, A., OLIVER, E., REDONDO, G. y SERRANO, M.Á. (2006). *Investigaciones Mundiales sobre Violencia de Género en la Universidad*. Convergencia con Europa y cambio en la universidad: XI Conferencia de Sociología de la Educación: Santander, 22, 23, y 24 de septiembre de 2006 [i.e. 2005] / coord. por Marta García Lastra, Adelina Calvo Salvador, José Manuel Osoro Sierra, Susana Rojas Pernía, 2006, ISBN 84-96147-77-0, págs. 130-131
- CÓDIGO DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y DOMÉSTICA. Boletín Oficial del Estado, Dirección General de la Policía, 19 de febrero de 2020. pp. 1-1200.
- CONSEJO DE EUROPA (11 de mayo de 2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Estambul. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-5947
- CONSEJO DE EUROPA. *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. Boletín Oficial del Estado. "BOE" Núm. 137, de 6 de junio de 2014, páginas 42946 a 42976 (31 págs.). Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/2011/05/11/(1))
- CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. Boletín Oficial del Estado, 29 de diciembre de 1978, núm. 311, pp. 29313 a 29424.
- DE MIGUEL ÁLVAREZ, A. (2008). *Feminismo y juventud en las sociedades formalmente igualitarias*. Revista de Estudios de Juventud, nº 83, 2008. Disponible en: <https://www.mujeresenred.net>.

- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2019). *Guía del Sistema de Acción y Coordinación en Casos de Violencia de Género en España*. Julio de 2019, pp. 1 a 38. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/informacionUtil/guia/home.htm>
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO (2020). *La mutilación genital femenina en España*. Fundación Wassu-UAB. Ministerio de Igualdad. Disponible en: https://violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/estudios/investigaciones/2020/estudio_mgf.htm
- DELEGACIÓN DEL GOBIERNO PARA LA VIOLENCIA DE GÉNERO. (2020). *La violencia sobre la mujer en el ámbito internacional*. Disponible en: <https://violenciagenero.igualdad.gob.es/marcoInternacional/ambitoInternacional/home.htm>
- DÍEZ GUTIÉRREZ, E. J. (2009). *Prostitución y violencia de género*. Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences, 24(4), [fecha de Consulta 17 de Enero de 2021]. ISSN: 1578-6730. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181/18112178023>.
- España. *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*. Boletín Oficial del Estado. "BOE" Núm. 313, de 29/12/2004. Entrada en vigor: 28 de enero de 2015. Disponible en:
- España. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*. Boletín Oficial del Estado. "BOE" núm. 281, de 24/11/1995. Entrada en vigor: 24/05/1996. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>.
- España. *Proyecto de Ley Integral, de 27 de mayo de 2011, para la Igualdad de Trato y la No Discriminación*. Boletín Oficial de las Cortes Generales. "BOCG" Núm. 130-1, de 10 de junio de 2011. Disponible en: <https://www.lamoncloa.gob.es/consejode ministros/paginas/enlaces/270511ProyectoLeyIgualdadTrato.aspx>.
- FALUDI, S. (1991). *Reacción. La guerra no declarada contra la mujer moderna*. Anagrama.
- FONDO DE POBLACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS (UNFPA). (2020). *Estado de la población mundial*. Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/estado-de-la-poblacio%CC%81n-mundial-2019>.
- FUNDACIÓN SCELLES (2019). *Sexual Exploitation. New Challenges, New Answers. 5th Global Report*. Disponible en: <https://www.globalprostitutionreport.org>.
- HERNÁNDEZ VELASCO, I. (4 de febrero de 2019). España, tercer país del mundo en demanda de prostitución. *El Mundo*. Disponible en: <https://www.elmundo.es/espaa/2019/02/04/5c588ed421efa079228b45a5.html>.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (2020). *Condenados por delitos sexuales. Delitos sexuales según nacionalidad*. INE.
- JÓNASDÓTTIR, A. G. (1993). *El poder del amor: ¿Le importa el sexo a la democracia?* Madrid: Cátedra.
- KOHAN, M. (16 de octubre de 2017). Principal causa de la pobreza: ser mujer. *Público.es*. Disponible en: <https://www.publico.es/sociedad/feminizacion-pobreza-principal-causa-pobreza-mujer.html>.
- LERNER, G. (1986). *La creación del patriarcado*, Crítica.
- LORENTE ACOSTA, M. (2004). *El Rompecabezas: Anatomía del maltratador*. Ares y Mares.

- LORENTE ACOSTA, M. y LORENTE ACOSTA, J. A. (1999). *Agresión a la mujer: maltrato violación y acoso*. Comares.
- MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E. B. (2017). *El marco normativo de la violencia de género: un estudio de derecho comparado acerca de las leyes de segunda generación y de la ley integral española*. Revista de Derecho penal y Criminología, 3.^a Época, n.^o 17 (enero de 2017), págs. 93-126
- MILLET, K. (2010). *Política Sexual*. Cátedra.
- MILLET, K. (2019). *Viaje al manicomio*. Seix Barrial.
- ONU, ONU Mujeres (Entidad de la ONU para la Igualdad de género y el Empoderamiento de la Mujer), 2020. *Informe Anual 2019-2020 de ONU Mujeres*, UN Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women (UNWOMEN), *UN Women Annual Report 2016-2017*, 2017, available at: <https://www.refworld.org/docid/5a1bed9a4.html>. [accessed 8 December 2020]
- PAZOS MORÁN, M. (2017). *Apuntes para una economía política feminista*. Ekonomiaz N.^o 91, 1.^º semestre, 2017
- PÉREZ DEL CAMPO NORIEGA., A. M. (1995). *Una cuestión incomprendida: El maltrato a la mujer*. horas y HORAS.
- REDACCIÓN (23 de septiembre de 2016). Las cifras de explotación sexual en España: 40.000 mujeres la sufren. *ElEconomista.es*. Consultar en: <https://ecodiario.eleconomista.es/sociedad/noticias/7845621/09/16/Las-cifras-de-la-explotacion-sexual-en-Espana-40000-mujeres-la-sufren-.html>
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E. (2008). *La regulación de la igualdad entre hombres y mujeres en la normativa laboral de los países nórdicos*. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, ISSN 1575-3379, Nº 23, 2008, págs. 6-15
- S.F. (10/12/2019). El 83% de las mujeres españolas siente miedo al volver a casa sola de noche. *ABC.es*. Disponible en: https://www.abc.es/familia/mujeres/abci-83-porcento-mujeres-espanolas-siente-miedo-volver-casa-sola-noche-201912070142_noticia.html.
- SAHUQUILLO, M. (21 de abril de 2016). Prohibido pagar por sexo en Suecia, Francia y otros seis países. *El País.com* Disponible en: https://elpais.com/internacional/2016/04/07/actualidad/1460050306_463588.html.
- SALAM, R. (2009). *La muerte del macho*. FP: Foreign Policy Edición Española, ISSN 1697-1515, Nº. 34 (agosto-septiembre), 2009, págs. 30-36.
- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 239/2021, de 17 de marzo de 2021.
- TAMPEP. (2009). *Sex work in Europe: a mapping of the prostitution scene in 25 european countries*. TAMPEP International Foundation.
- TORRES DÍAZ, M. C. (2013). *La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género: la necesidad de un marco jurídico conceptual/despatriarcalizador inserto en el texto constitucional*. Universidad de Alicante. Departamento de Estudios Jurídicos del Estado.
- UNICEF (2016). *Female Genital Mutilation/Cutting: A Global Concern*, Nueva York. Disponible en: https://www.FGMC_2016_brochure_final_UNICEF_SPREAD.pdf

- UNODC (2010). *The Globalization of Crime: A Transnational Organized Crime Threat Assessment*. Publicación de las Naciones Unidas. Disponible en: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/tocta/TOCTA_Report_2010_low_res.pdf.
- VALCÁRCEL, A. (2004). *La política de las mujeres*. Cátedra.

MISCELÁNEA

Análisis del retrato de Manuela Carmena en *ABC* durante sus primeros cien días como alcaldesa

Manuela Carmena's mayor portrait analysis in *ABC* during her first one hundred days as Mayor

LARA CARRASCOSA PUERTAS*

*Profesora asociada en la Universidad de La Laguna
Miembro del Instituto Universitario de Estudios
de las Mujeres - ULL-IUEM
ORCID ID: 0000-0002-2413-2898*

Recibido: 5/6/2019

Aceptado: 2/10/2020

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6141>

Resumen. Esta investigación analiza los textos periodísticos que mencionan a Manuela Carmena o están ilustrados con su imagen en el periódico ABC durante los primeros cien días de su mandato como alcaldesa (del 14 de junio al 21 de septiembre). Mediante la reconstrucción del retrato de esta mujer que hizo el rotativo se pretende poner al descubierto características y atributos de liderazgo de Manuela Carmena, así como comprobar si el género, junto con otros factores como la edad, han influido en el tratamiento mediático. La metodología está basada en el análisis de los 15 códigos que emergen de la lectura detallada de los textos 375 textos. Entre las conclusiones, encontramos que ABC refuerza estereotipos de género, como el de edad o el de incumplimiento de los cánones de belleza, así como retrata a Carmena como una persona poco preparada para el cargo o con características de movimientos políticos ajenos a la democracia.

Palabras clave: Manuela Carmena; Madrid; política; género; estereotipos; sexismo.

Abstract. This research analyses journalistic texts which speak about Manuela Carmena or have her image in ABC during her first one hundred days in charge as a mayor (from 14th Juny to 21st of September). Throughout rebuilding her portrait in the newspaper, we want to discover Carmena's characteristics and leadership attributes. Likewise, we want to test if gender, along to other factors like age, has influenced in the media treatment. The methodology is based in analyzing 15 codes which emerge from reading carefully 375 texts. As some of the conclusions, we found that ABC reinforces gender stereotypes, like ageism or beauty canon unfulfillment. Besides, it describes Carmena as an unprepared person or with characteristic from politics movements which don't belong to democracy.

Keywords: Manuela Carmena; Madrid; politician; gender; stereotypes; sexism.

*lcarrasc@ull.edu.es

1. Introducción

Las primeras mujeres alcaldesas fueron designadas durante la dictadura de Primo de Rivera, para gobernar municipios con poca población. El 8 de marzo de 1924 se promulgó el Estatuto Municipal que otorgaba el voto administrativo a las mujeres mayores de 23 años cabezas de familia, que no estuvieran sujetas a patria potestad, autoridad marital ni tutela. "Se trató de mujeres afectas al régimen de Primo de Rivera, de ideología política conservadora y defensoras del catolicismo bien por su trayectoria personal o bien por su actividad dentro de ciertas asociaciones confesionales" (Gómez-Ferrer, 2015, p.47).

La Segunda República trajo consigo la Constitución de 1931, donde se reconocía el derecho de las mujeres al sufragio activo y pasivo. Desde entonces hasta el final de la Guerra Civil, se produjo un florecimiento de las mujeres alcaldesas. De 1931 a 1939, se contabilizaron 64 alcaldesas, todas ellas en ayuntamientos de menos de 15.000 habitantes. Así, a pesar del avance en el acceso de la mujer al más alto puesto de poder en las administraciones locales, las poblaciones más grandes les seguían estando vetadas (Nielfa, 2015, p.119-122).

La dictadura del General Francisco Franco acabó con cualquier avance de empoderamiento y acceso de las féminas al poder local. Desde 1939 se abrió una brecha que se prolonga hasta 1968, año en que muchos periódicos saludan a María Teresa Ibarguchi Barrondo, alcaldesa de Ubidea (Vizcaya), como "la primera alcaldesa" de España, aseveración que más tarde tuvo que ser corregida (Nielfa, 2015).

Con la llegada de la democracia, la incorporación de la mujer a la política local continuó creciendo. En el mandato 1979-1983 hubo 104 alcaldesas (un 1,23%) y la cifra siguió aumentando hasta que en 2011-2015 se alcanzaron las 1.355 (16,77%). El crecimiento experimentado desde 1983 a 2015, año en Carmen fue elegida alcaldesa, fue de 17 puntos porcentuales, al pasar de 164 alcaldesas (el 2,04% de las alcaldías) a 1550 (el 19,09%) (Espí-Hernández, 2017).

El sustancial aumento de alcaldesas, a partir del 2007, se atribuye en parte a la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Dicha norma

exige que las candidaturas presentadas para las elecciones [...] tengan una composición equilibrada de las listas electorales. Además establece por primera vez que en el conjunto de la lista, y en todo caso en cada tramo de cinco puestos, los candidatos de uno y otro sexo no podrán estar representados en menos del 40%. Se exceptúan los municipios e islas de menos de 5.000 habitantes [...] (Rodríguez, 2015, p.190).

No obstante, mediante un análisis de las áreas de gobierno adscritas a las mujeres que alcanzan posiciones de poder en los municipios, se puede concluir que suelen ser reducidas a aquellas consideradas más femeninas: cuidado de terceras personas (Sanidad, Servicios Sociales) o de su propia promoción (Igualdad, Mujer, Integración), mientras que los hombres se ocupan de las áreas consideradas de mayor trascendencia (Espí-Hernández, 2017).

En este sentido, Amelia Valcárcel (2012, p.187) tilda de "innegable" "la progresiva ausencia de mujeres según sea la relativa importancia simbólica de esos espacios. Y si esto

sucede en los espacios públicos, otro tanto ocurre en los despachos privados de las grandes corporaciones". En este sentido, son varios los estudios que han abordado la escasa presencia de mujeres líderes también en el campo empresarial y las dificultades a las que se enfrentan (Mateos, 2017; Sczesney, 2003; Schein, 1996).

Manuela Carmena, nacida en Madrid en 1944, fue la primera alcaldesa electa cabeza de lista de Madrid¹. Aunque su infancia y juventud se desarrolló en una España profundamente patriarcal, en la que las mujeres necesitaban permiso escrito del padre o marido para trabajar y ni si quiera tenían capacidad legal, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, para abrir una cuenta bancaria sin la aquiescencia de su padre o marido, logró, no solo realizar una carrera universitaria, sino ejercerla y desarrollarla plenamente. Está en el grupo de las primeras mujeres que accedió a la judicatura en España, junto con Josefina Trapero (1977); Milagros Calvo, María Elisabeth Huerta y Celsa Pico (las tres en 1979), y Manuela Carmena y Elisa Veiga, en 1981 (Salas, 1999). Otro de los hitos destacables de su biografía es el hecho de haber sido una de las fundadoras del despacho laboralista de Atocha que, en 1977, sufrió un atentado de la extrema derecha que acabó con la vida de varios de sus compañeros.

En cuanto a su ideología, Carmena se afilió al Partido Comunista en los años 60, cuando estaba aún estudiando en la universidad. Aunque se manifestaba "orgullosa" de pertenecer a un partido que entonces era ilegal, la exjueza no se consideró nunca "comunista" (Carmena, 2014). Respecto a sus opiniones sobre la gestión pública, entre las obligaciones que tiene el político o política que describe Carmena (2014) se encuentra la cercanía con los ciudadanos. Considera que los políticos que no son accesibles a las personas por ningún medio (carta, teléfono, email...) no están cumpliendo con su deber y aboga, no sólo por que se establezca esta comunicación, sino por que respondan a las demandas de la ciudadanía de diálogo con sus representantes. En ese sentido, defiende "una democracia más directa, más distinta", donde "los partidos no tienen sitio" (Torres, 2015, 56–57).

Carmena asumió el cargo de alcaldesa de Madrid el 13 de junio de 2015, como cabeza de la formación Ahora Madrid, derivada de varias corrientes dentro del partido político de ámbito nacional Podemos, pasando, así, a convertirse en uno de los focos de atención de los medios de comunicación.

1.1. Justificación del interés del tema y del objeto de estudio

La cifra de mujeres líderes en el mundo aún está por debajo de la de hombres (Ryan *et al*, 2016; Meldelberg, 2016; O'Brien, 2016; Espí-Hernández, 2017). En concreto, en las elecciones españolas de 2015, 1.550 mujeres fueron elegidas como alcaldesas de otros tantos municipios. Esta cifra representa solo el 19,09% de las alcaldías de España, según cifras recogidas por el Instituto de la Mujer (2015).

¹ La primera alcaldesa de Madrid fue Ana Botella, pero recordemos que iba en segunda posición en la lista del Partido Popular (PP), encabezada por Alberto Ruiz de Gallardón. Cuando éste abandonó el cargo para convertirse en ministro de Justicia, ella ascendió directamente a alcaldesa.

Las féminas pueden acceder a cualquier profesión en los países democráticos, pero en la práctica la presencia de mujeres va menguando según se asciende en la escala de poder de cada ámbito. Es lo que se ha denominado “techo de cristal”, con el que se designa “todo el conjunto de prácticas y maniobras que dan como resultado que las mujeres sean desestimadas por los sistemas de cooptación” (Valcárcel, 2012, p.98) o, también, esas barreras invisibles con las que se encuentran para avanzar en sus carreras profesionales y que no están relacionadas con sus méritos laborales (Chisholm-Burns, 2017). “Consequently, even wealthy, powerful women are disadvantaged by gender status beliefs compared to wealthy, powerful male peers” (Ridgeway, 2001, p.638–639).

En el campo de la política, la presión social y cultural no predisponde a las mujeres a participar ni a ocupar puestos de relevancia, más bien al contrario, suelen quedar relegadas a áreas consideradas femeninas (Méndez, 2001). Esta presión es definida por algunos autores en clave de creencias o estereotipos de género que llevan a pensar que las mujeres están menos cualificadas para el liderazgo, lo que, a su vez, mina la autoestima de las mujeres y puede impedirlas actuar de forma eficiente en campos donde es más importante para las féminas entrar, debido a que han estado históricamente dominados por hombres (Eagly, 2016).

Además, las mujeres que ocupan diferentes puestos en las esferas gubernamentales están expuestas a lo que se ha denominado “violencia política”, cuyas formas “más usuales identificadas sería el examen de la vida privada y la descalificación de las capacidades de las mujeres afectadas” (Soriano, 2020, p.148).

Por su parte, los medios de comunicación seleccionan los acontecimientos que pasan a ser noticias en función de criterios como la novedad, el valor informativo y la curiosidad, entre otros. No obstante, Galtung y Ruge (citados por McQuail, 1975, p.330) afirmaron que cualquier hecho tenía “más probabilidad” de convertirse en noticia cuanto más se ajustara a determinados criterios organizacionales o ideológicos, que se refieren principalmente a valores arraigados en la sociedad occidental. De esta forma, los medios en general y periódicos en particular tienden a enviar mensajes que propician el mantenimiento del establishment. Lippmann (1922, p.93) advertía que los periódicos son el reflejo de la opinión pública, pero, al mismo tiempo, proveían de estereotipos a la sociedad, que definía como “una imagen ordenada y más o menos coherente del mundo” en el que “las personas y las cosas ocupan un lugar inequívoco y su comportamiento responde a lo que esperamos de ellos”. Los estereotipos, así, fijan modelos rígidos de masculinidad y femineidad y forman parte del mundo de lo simbólico (Plaza, 2007, p.24).

El género, por otro lado, tiene mucho que ver con la construcción de los relatos informativos y los estereotipos. El concepto de género ha sido definido como

un sistema normativo (dicta las normas de conducta de mujeres y hombres) y coercitivo (reprime las conductas que no se ajustan a las normas). Asigna al hombre y a la mujer roles y funciones diferenciados, así como distintos espacios, actividades, identidades, derechos y deberes. De esta forma, el género se ocupa de construir la diferencia sexual como desigualdad social: en razón de los roles y las características asignadas a cada sexo, el sistema

de género atribuye a las mujeres una posición subordinada y a los hombres una de poder sobre los principales recursos (Bengoechea, 2015, p.10).

Bourdieu (2015, pp.120–121) explica, en el mismo sentido, que

al quedar excluidas del universo de las cosas serias, de los asuntos políticos, y sobre todo económicos: las mujeres han permanecido durante mucho tiempo encerradas en el universo doméstico y en las actividades asociadas a la reproducción biológica y social del linaje; actividades (maternales ante todo) que, aunque aparentemente reconocidas y a veces ritualmente celebradas, sólo lo son en la medida en que permanecen subordinadas a las actividades de producción, las únicas en recibir una auténtica sanción económica y social, y ordenadas de acuerdo con los intereses maternales y simbólicos del linaje, es decir, de los hombres.

En la misma línea, Simone de Beauvoir (1949: 853–854) consideraba que la implicación de las mujeres en su profesión “depende del contexto que constituye la forma global de su vida” [...].

Cuando aborda su vida de adulta, no tiene tras ella el mismo pasado que un niño; la sociedad no la considera con los mismos ojos; el universo se le presenta desde una perspectiva diferente. El hecho de ser mujer plantea actualmente a un ser humano autónomo problemas singulares.

La prensa sería la encargada de divulgar y mantener gran parte de esos estereotipos y funciones diferenciadas en función del género, mediante los hombres y mujeres concretos que escriben en ella. Estos eligen lo que es noticia, lo encuadran² y seleccionan las palabras, el discurso, mediante el cual llega a las audiencias. En este sentido, encontramos que las mujeres apenas aparecen como protagonistas de los hechos que se consideran noticiales; “su presencia no se ha incrementado proporcionalmente a su incorporación a los espacios públicos, económicos, políticos, culturales...; cuando aparecen, suelen ser representadas como víctimas pasivas y pacientes, en situaciones anecdóticas o como objeto de ironía”, por ello, la mayor presencia de mujeres en la prensa generalista “se registra en las páginas de anuncios breves de contactos y relax” (Moreno *et al.*, 2007, pp.17–18).

Las diferencias estereotípicas de género tienen su reflejo en la construcción del discurso de los medios de comunicación. La resistencia psicológica de la sociedad española a aceptar a las mujeres en igualdad de condiciones o capacidad en determinados puestos de poder va desde la realidad a la representación simbólica en el discurso y, de vuelta, al reforzamiento de estereotipos y prejuicios en la sociedad.

Un ejemplo se encuentra en el *Libro de estilo del ABC*, en el apartado de “Cuestiones gramaticales y de estilo”, en su subepígrafe denominado “Género” (Vigara, 2001, pp.83-87).

² “El framing o encuadre consiste en un sutil proceso de selección que realizan los medios de ciertos aspectos de un tema, que son presentados como más importantes y que, por tanto, enfatizan causas particulares de los fenómenos” (D'Adamo *et al.*, 2007, p.136).

En esta parte del manual de uso interno del medio destinado a resolver dudas lingüísticas y unificar el estilo y el lenguaje del rotativo, hay una entrada dedicada a “títulos y profesiones desempeñados por mujeres”, en la que se rechaza la feminización de determinados términos, con el argumento de que “suena mal”.

Títulos y profesiones desempeñados por mujeres

a) En la última edición del diccionario (21.^a, 1992), la Real Academia ha recogido (también) en femenino la inmensa mayoría de los cargos, títulos y profesiones desempeñados por mujeres. No obstante, algunos de estos femeninos no sólo no están todavía bien asentados en el uso, sino que “suenan” mal a los usuarios, que en ocasiones los rechazan abiertamente. Entre ellos jueza, edila, concejala, bedela y teniente, que en ABC se mantendrán con género común: (el/la) juez, edil, concejal, bedel, teniente.

b) (La) árbitro. Como nombre de profesión, se usa todavía muy poco en femenino, pues la mujer comienza ahora a incorporarse profesionalmente a esta actividad. Aunque el diccionario académico recoge en su tercera aceptación dos formas: Árbitro, tra. M. y f. Persona que en algunas competiciones deportivas de agilidad y destreza cuida de la aplicación del reglamento,

Recomendamos utilizar, si fuera necesario, esta combinación (la árbitro, una/alguna/ninguna árbitro, los árbitros, etc.), que parece, por el momento, la que menos choca con el uso “intuitivo” de la mayoría de los hablantes (Vigara, 2001, p.86–87).

2. Objetivos y metodología

Los objetivos generales de esta investigación son (OG1) descubrir las características y atributos del liderazgo de Manuela Carmena recogidos en el periódico *ABC* durante los primeros cien días de mandato, y (OG2) comprobar si el género de Manuela Carmena, junto con otros factores (la edad, el no militar en una formación política y haber desarrollado una profesión de élite, entre otras) ha contribuido a un tratamiento diferencial en *ABC*.

Para la consecución de estos objetivos generales, se han planteado objetivos específicos y técnicos, como se especifica en la Tabla 1

Tabla 1. Objetivos generales, específicos y técnicos. Elaboración propia.

Objetivo general	Objetivos específicos	Objetivos técnicos
OG1. Descubrir las características y atributos de liderazgo de Manuela Carmena en <i>ABC</i>	OE1. Analizar el discurso impreso a la búsqueda de patrones de género que impliquen desigualdad o subordinación.	Realizar un conteo de los textos y fotografías sobre Manuela Carmena, categorizando los mismos en “opinión” e “información”. Hallar expresiones sexistas, que estereotipen, en los textos que se refieren a la alcaldesa, realizando, asimismo, una categorización de las distintas estereotipias aparecidas. Ponderar cuál ha sido el tratamiento general que le ha dado. Crear categorías/códigos que reflejen atributos o caracterizaciones que emanan del discurso del medio. Examinar las informaciones en busca de expresiones subjetivas, más propias de los textos de opinión.

Objetivo general	Objetivos específicos	Objetivos técnicos
	OE2. Indagar en la construcción del discurso informativo sobre Manuela Carmena para hallar patrones sexistas que se repitan, independientemente del medio informativo del que se trate.	Realizar un conteo de los textos y fotografías sobre Manuela Carmena, categorizando los mismos en "opinión" e "información". Hallar expresiones sexistas, que estereotipen, en los textos que se refieren a la alcaldesa, realizando, asimismo, una categorización de las distintas estereotipias aparecidas. Ponderar cuál ha sido el tratamiento general que le ha dado el medio. Crear categorías/códigos que reflejen atributos o caracterizaciones que emanan del discurso del medio. Examinar las informaciones en busca de expresiones subjetivas, más propias de los textos de opinión.
OG2. Comprobar si el género de Manuela Carmena, junto con otros factores (la edad, no pertenecer a un partido político y haber desarrollado una profesión de élite) ha contribuido al tratamiento diferencial de ABC	OE3. Localizar campañas de desprestigio y analizar cuáles son las categorías de ideas sobre las que giran (prejuicios sobre la edad, sobre su capacidad profesional, maneras de vestir, entre otros). OG1.	Realizar un conteo de los textos y fotografías sobre Manuela Carmena, categorizando los mismos en "opinión" e "información". Hallar expresiones sexistas, que estereotipen, en los textos que se refieren a la alcaldesa, realizando, asimismo, una categorización de las distintas estereotipias aparecidas. Ponderar cuál ha sido el tratamiento general que le ha dado ABC. Crear categorías/códigos que reflejen atributos o caracterizaciones que emanan del discurso del medio. Examinar las informaciones en busca de expresiones subjetivas, más propias de los textos de opinión.

Tabla 2. Categorías, códigos y definiciones en la investigación sobre los cien primeros días de mandato de Manuela Carmena. Elaboración propia.

Categoría	Código	Definición
Aspectos formales	Estilo directo	Cuando las declaraciones de Carmena se ponen en estilo directo. Bengoechea señala que un caso de estudio fundamental, por la "enorme capacidad de divulgación" es "la concesión de voz de los medios: a quién se le otorga voz, a quién se silencia y cómo se informa de la voz a la que se permite hablar". Menciona una investigación realizada en <i>The Times</i> , <i>The Guardian</i> y <i>The Independent</i> (Caldas-Coulthard, 1995), que concluyó que la prensa concede un papel muy reducido a la voz femenina (sólo un 14% de las declaraciones habían sido hechas por mujeres). Matisa que en muchos casos los portavoces de las organizaciones son hombres. "Pero incluso en los casos en los que las mujeres son figuras políticas o sociales con relevancia, los diarios tienden a minorar sus declaraciones al concederles menos espacio físico en el periódico, a glosarlas (en lugar de citarlas mediante estilo directo entrecerrillando sus palabras) y a utilizar diferentes verbos declarativos (decir, afirmar, declarar...) para ellos y para ellas cuando se quiere introducir la voz". En el caso de España, se realizó un estudio centrado en los diarios <i>El País</i> , <i>El Mundo</i> y <i>La Vanguardia</i> , en el que se analizaron 434 páginas y 524 noticias de una semana del año 200. En este caso, el estilo indirecto se usaba con mayor frecuencia cuando se citaban las palabras femeninas, y las citas de estas eran apreciablemente más cortas que las citas de palabras expresadas por varones (Bengoechea, 2001). "La cita indirecta suele ser más indicativa de la perspectiva adoptada por el periódico, ya que se presta a una interpretación de las palabras pronunciadas, a las que no se concede autoridad suficiente para ser reproducidas literalmente" (Bengoechea, 2015, p.108-109).
Aspectos formales	Estilo indirecto	Cuando las palabras de Carmena se ponen en estilo indirecto. También se contabiliza en estilo indirecto cuando se mencionan dos o alguna palabra más entrecerrilladas, evitando así el estilo directo.
Aspectos formales	Fotografía de Manuela Carmena	Cuantifica las imágenes de Manuela Carmena.

Categoría	Código	Definición
Aspectos formales	Portada	Cuando se menciona Carmena o se utiliza su imagen en la portada del periódico.
Aspectos formales	Género periodístico	Indexa el género periodístico concreto al que pertenece el texto.
Aspectos semánticos	Genitivo	Cuando se utiliza algún tipo de posesivo para mencionar a los concejales del Ayuntamiento de Madrid: Los Carmena, los ediles carmenistas, el concejal de Carmena, etc. También cuando se colectiviza a Carmena (hablando por ejemplo de Los Carmena). La intención última de este código es descubrir un patrón que trata de colocar a Carmena como responsable última de comportamientos de otras personas.
Aspectos semánticos	Exjuez/exjueza	Contabiliza por un lado las veces que se refieren a Manuela Carmena como exjuez y, por otro, las veces que se usa la forma “jueza”.
Aspectos semánticos	Ironía	Cuando se utiliza este recurso lingüístico para hablar de Carmena, independiente de la forma en que se ponga práctica (adjetivos, construcciones lingüísticas fijas, estereotipos....).
Aspectos semánticos	Liderazgo	Hace referencia a las caracterizaciones del liderazgo de Manuela Carmena, en referencia a la percepción disminuida de su competencia profesional en virtud a los prejuicios de género existentes.
Aspectos semánticos	Populismo	Indexa todas las citas que contienen referencias al populismo de Manuela Carmena o su equipo.
Aspectos semánticos	Radicalismo	Hace referencia a todas las citas que identifican a Manuela Carmena o su gobierno como extremistas o radicales (se ha dividido este código en diversos tipos de radicalismo para intentar precisar más el retrato que se pretende mostrar).
Aspectos semánticos	Referencias a la edad peyorativas	Recoge cualquier referencia peyorativa a la edad de Manuela Carmena.
Aspectos semánticos	Referencias a la edad	Recoge cualquier referencia a la edad de Manuela Carmena.
Aspectos semánticos	Sexismo	Acotamos aquí sexismo como cualquier intento de menoscabar la preparación, la trayectoria o la capacidad de Carmena en contraposición, principalmente, con una figura masculina, o cuando se alcanzan grados altos de menoscabo. Asimismo, también seleccionamos las citas en las que se identifica a Carmena con un estereotipo típicamente femenino, “sexista”. “Sexism is difficult to define in contemporary research, because not everyone agrees about exactly what constitutes sexism. Some argue that sexism is any language use which seems to represent women in a negative way; some consider it as negative generalizations based on stereotypes about men and women (Vetterling-Braggins, 1981, citado por Mills, 2011, p.144). “Sexism is also a position which has some institutional support (albeit to different degrees) in a contemporary societies. It is not a view of women that the speaker or writer has invented, but rather just a body of ideas and phrases which others have expressed and which are presented as ‘common sense’. Sexism has an agentless feel to it, and because of this, it achieves authority unless it is challenged” (Mills & Mulany, 2011, p.145).
Aspectos semánticos	Venezuela	Indexa todas las citas que hacen referencia o relacionan a Manuela Carmena o su equipo con Venezuela o el chavismo.

Para aproximarnos a nuestros objetivos, hicimos un previo vaciado del periódico de todos los textos que mencionaban o estaban ilustrados con una imagen de Manuela Carmena, publicados entre el 14 de junio y el 21 de septiembre de 2015. A estos 375 textos (368 unidades de género periodístico y siete portadas) se les aplicó una metodología basada en la aplicación de análisis de contenido. Se ha utilizado el software Atlas.ti y se

han dividido los códigos emanados del análisis en dos categorías que recogen los aspectos formales y los aspectos semánticos. Los códigos creados tienen un valor determinado dentro de un sistema de categorías concreto (Trinidad *et al.*, 2006). Los códigos, a su vez, han emergido del microanálisis de los textos y su agrupación, conforme a sus propiedades más sobresalientes, buscando similitudes y diferencias, desde el enfoque de la Teoría Fundamentalada (Strauss & Corbin, 2002).

En total, se han aplicado un total de 15 códigos, que se han definido previamente y se han exportado desde Atlas.ti a un libro de códigos con la finalidad de poder replicar esta investigación en otras cabeceras y llevar a cabo una posterior investigación comparativa sobre los distintos retratos que han realizado los medios de Manuela Carmena en esta ventana temporal.

Los códigos que se han aplicado en esta investigación son los que se citan en la Tabla 2.

3. Resultados de la investigación y discusión

Para presentar los resultados de esta investigación se han agrupado los códigos aplicados en las categorías de aspectos formales, que son aquellos que afectan solo a la forma en la que se presenta el mensaje, y aspectos semánticos, que se refieren a la utilización de diversos recursos lingüísticos que connotan el mensaje escrito.

3.1. Aspectos formales

3.1.1. Estilo indirecto y estilo directo

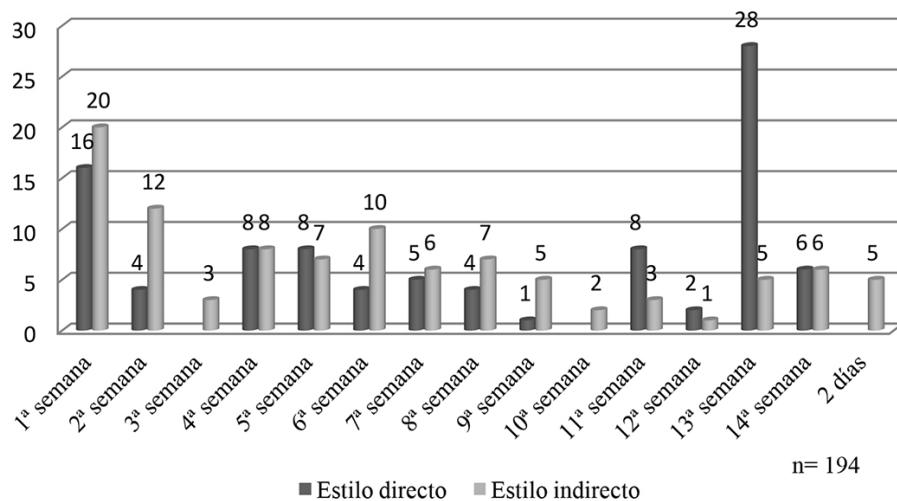
Estos códigos agrupan las declaraciones que se recogen de Manuela Carmena en estilo directo e indirecto. En este sentido, Bengoechea señala que un caso de estudio fundamental, por la “enorme capacidad de divulgación” es “la concesión de voz de los medios: a quién se le otorga voz, a quién se silencia y cómo se informa de la voz a la que se permite hablar”. Menciona una investigación realizada en *The Times*, *The Guardian* y *The Independent* (Caldas-Coulthard, 1995), que concluyó que la prensa concede un papel muy reducido a la voz femenina (sólo un 14% de las declaraciones habían sido hechas por mujeres), incluso en los casos en los que las mujeres son figuras políticas o sociales con relevancia.

A pesar de que la diferencia entre uno y otro código no parece significativa (94 citas en estilo directo y 100 en estilo indirecto), hay que subrayar la relevante diferencia existente, a favor del estilo indirecto, hasta la décimo tercera semana, coincidiendo con la participación de Carmena en el foro *ABC*, evento organizado y financiado por el periódico.

ABC ha hablado mucho sobre Carmena, pero en pocas ocasiones le ha dado la oportunidad de expresarse por ella misma, con sus propias palabras. Siempre ha necesitado un filtro, una ayuda, una referencia a ella por parte de otra persona. El periódico explica lo que quiere decir la alcaldesa como si careciera de voz propia.

Figura 1. Comparativa de la distribución entre citas en estilo directo y en estilo indirecto de Manuela Carmena en el ABC. Elaboración propia.

Comparativa de estilos por semana en ABC (junio a septiembre 2015)



Respecto a la densidad de estos códigos en las piezas de opinión y de información, como es previsible, hay más citas en información que en opinión (estilo directo, 84 y 10; estilo indirecto, 89 y 11, respectivamente).

Llama también la atención que Carmena solo haya escrito un artículo de opinión (su propia voz, sus propias palabras) en *ABC* en 100 días de análisis, mientras que en el mismo periodo Ana Botella, exalcaldesa de Madrid, publicó tres³ y Esperanza Aguirre, adversaria política y cabeza del Partido Popular (PP) en la oposición, uno⁴. El artículo de Aguirre, además, tenía un contenido centrado en la política municipal, dado que hacía balance de los primeros 100 días Manuela Carmena en la alcaldía de Madrid. Sin embargo, el artículo de Carmena se refería a una columnista de *ABC* que leía en su juventud, por lo que no aborda en el texto nada que tenga que ver con la política municipal. Encontramos, así, un claro contraste, además de en la cantidad, en el contenido de las cuatro piezas firmadas por políticas del PP y la única firmada por Carmena.

3.1.2. Imágenes de Manuela Carmena

Se publicaron un total de 88 fotografías, imágenes o dibujos de Manuela Carmena en 100 días. La mayoría de ellas (67) en textos informativos y el resto en opinativos (21). Cuatro veces la fotografía de Manuela Carmena fue portada del *ABC*. Llama la atención que

³ Botella, A. (16 de junio de 2015). La vivienda en Madrid, al alcance de todos. *ABC*, 70; Botella, A. (22 de julio de 2015). Madrid: la ayuda y las palabras. *ABC*, 28, y Botella, A. (15 de septiembre de 2015), Auditorías. *ABC*, 29. Solo el último forma parte de esta investigación porque menciona explícitamente a Carmena.

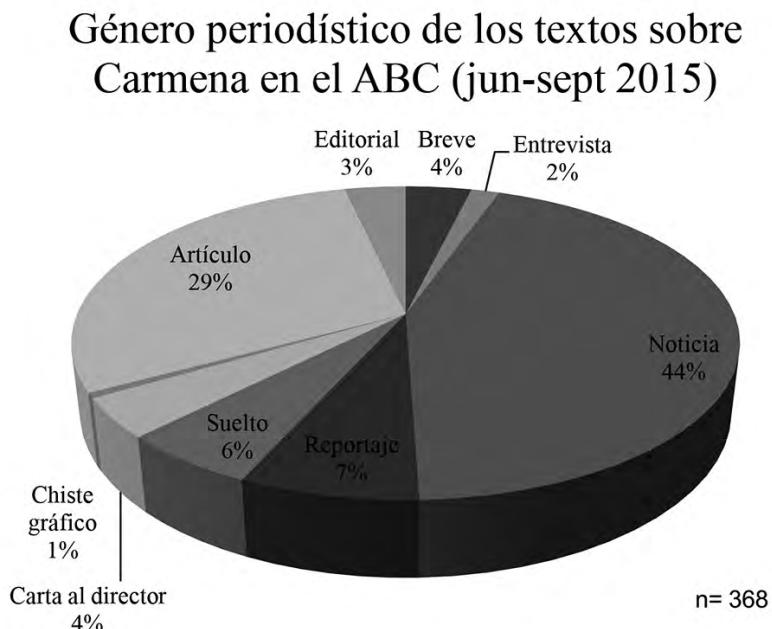
⁴ Aguirre, E. (21 de septiembre de 2015). Su objetivo, el ascenso de Pablo Iglesias. *ABC*, 89.

se utilice la fotografía de Manuela Carmena en textos en los que ni si quiera habla de ella (ni en estilo directo ni indirecto). Un ejemplo es “El caso Alfon desenmascara a actores y políticos antisistema”⁵.

3.1.3. Los géneros periodísticos

Esta categoría pretende identificar el tipo de textos que predominan en piezas donde se menciona a Carmena o se ilustran con su fotografía. Como es habitual en investigaciones en las que se realizan análisis de contenido de medios de comunicación, hay mayor volumen de textos informativos, no obstante en este caso la cifra es muy cercana a los textos de opinión: un 57% de textos informativos y un 43% de opinión.

Figura 2. Distribución de los textos sobre Carmena en el ABC, según su género periodístico. Elaboración propia.



Las entrevistas, por ejemplo, son siempre a personas que no forman parte del Gobierno Municipal, salvo dos: una al concejal de Economía y otra a Luis Cueto, jefe de Gabinete. La única entrevista que se recoge de la alcaldesa (y en estilo indirecto) es una que le realizó la agencia de noticias Europa Press en las primeras semanas de mandato.

3.1.4. Portadas

Se han contabilizado cinco portadas con la foto de Carmena (solo una connotaciones positivas o neutras, la que recogía su participación en el Foro ABC) y dos más que tratan de

⁵ Rivas, T.G. (29 de junio de 2015). El caso Alfon desenmascara a actores y políticos antisistema. *ABC*, 18.

Carmena aunque no aparece su foto sino la de un comedor vacío y la imagen de la antigua sede de Correos (hoy ayuntamiento), respectivamente.

Los titulares de primera son de tipo interpretativo y no se ajustan a la deontológica separación entre géneros informativos y de opinión.

- “España consuma su giro radical a la izquierda” (14 de junio de 2015)
- “Ay, Carmena” (16 de junio de 2015).
- “Carmena duplicó los desahucios en un año como juez decana” (10 de julio de 2015).
- “Carmena no dice la verdad” (11 de julio de 2015).
- “La izquierda fracasa en su intento de instrumentalizar el hambre” (30 de julio de 2015).
- “No tengan miedo, sé que necesitamos a las empresas” (9 de septiembre de 2015).
- “El PP recuperaría Madrid tras solo 90 días de gobierno populista” (13 de septiembre de 2015).

3.2. Aspectos semánticos

Hay 9 códigos que se han agrupado en esta categoría, debido a su potencial influencia en la configuración de significados sobre Manuela Carmena. Algunos directamente mediante la utilización de determinados epítetos o conceptos. Otros, indirectamente, configurando un retrato del liderazgo de Manuela Carmena o de determinadas características de su vida o personalidad.

3.2.1. Exjuez

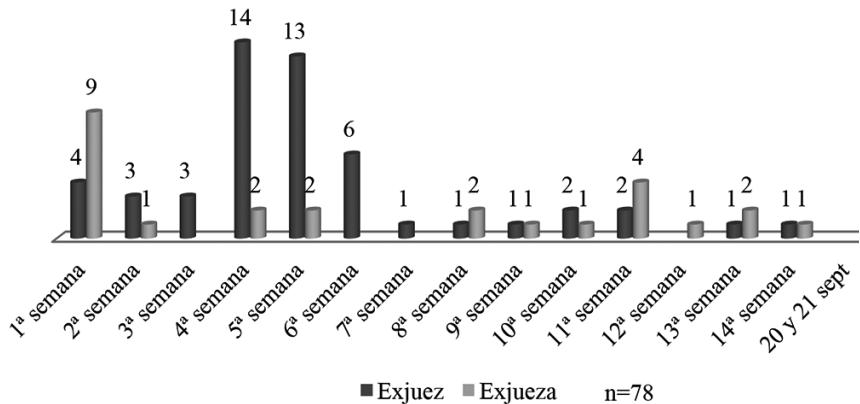
Este código se considera de relevancia por dos motivos fundamentales: porque recuerda al lector que la persona que ha sido elegida alcaldesa desarrolló una profesión de élite, y porque en el *Libro de Estilo de ABC* se recoge específicamente que se debe de escribir “exjuez” (Vigara, 2001, pp.86–87), manteniendo así una postura conservadora y lejana del lenguaje inclusivo o igualitario que tiende a visibilizar la mujer.

En el caso de Carmena, sin embargo, en más de una ocasión se desliza “jueza”, sobre todo en artículos de opinión, lo que nos ofrece la visión de que *ABC* es un periódico conservador, que impone una nomenclatura desde su propio libro de estilo, pero que muchos de sus columnistas sí han aceptado la feminización del vocablo jueza y no respetan ni usan la fórmula “la jueza”.

No obstante todo esto, hay un total de 52 citas recogidas como “la jueza” o “la exjuez”, de las que 42 están en textos informativos y 9 en textos de opinión; frente a la construcción “la jueza” que son 26 en total, 12 en información y 14 en opinión. Por consiguiente, el lenguaje rígido y no inclusivo al referirse a Carmena predomina claramente. Parece relevante, de cualquier modo, que se introduzca la expresión “jueza” en textos informati-

Figura 3. Comparativa entre la utilización de las fórmulas “la juez” y “jueza” en referencia a Carmena en el ABC. Elaboración propia.

La juez vs la jueza Carmena (jun-sept 2015)



vos, incluso cuando antes se había referido a ella como “la juez”, y que sea una tendencia general aceptada entre los articulistas de opinión hablar de “la jueza”⁶.

En los textos informativos se suele utilizar exjuez o exjueza (o sus sinónimos jurista o magistrada) como forma de evitar repeticiones. No tiene un contenido semántico más explícito que este, aun reconociendo que la repetición favorece la percepción general de Carmena como una mujer de valía, con una profesión de élite. Sin embargo, esta percepción queda amortiguada por el uso cualitativo que se realiza en los artículos de opinión, en los que con frecuencia se pone en entredicho su valía o criterio profesional. Valga de ejemplo una columna titulada “¡Y era jueza!”, en la que el autor dice⁷:

Manuela Carmena es un personaje simpático: una señora septuagenaria con elevado sentido de la justicia poética, que se paseaba en bici por Malasaña, regentaba una tienda de filosofía solidaria, se movilizó contra Franco desde el PCE y fue una jueza más bien estafalaria. Una señora mayor de curioso perfil, un poco dispersa, que flipa instalada en su utopía marxiana y quijotesca. Un personaje simpático, sí pero solo en el contexto de una comedida de situación castiza, tipo “Aida” a la vera del Luisma, tomándose un cortao en el bar de Mauricio y desbarmando de política, no para gestionar el Ayuntamiento de la capital de España con un presupuesto de 4.000 millones de euros.

Es sintomático que en la primera semana de mandato de Carmena, así como la cuarta y la quinta, sean en las que hay más menciones a su condición de exjueza. Como hemos

⁶ La contabilización total alcanza las 92 citas totales, porque también se han incluido otras fórmulas como magistrada o jurista, pero estas no se contabilizan en este análisis lingüístico de la utilización de la forma femenina de la profesión de juez.

⁷ “Manuela Carmena es un personaje simpático: una señora septuagenaria con elevado sentido de la justicia poética, que se paseaba en bici por Malasaña, regentaba una tienda de filosofía solidaria, se movilizó contra Franco desde el PCE y fue una jueza más bien estafalaria. Una señora mayor de curioso perfil, un poco dispersa, que flipa instalada en su utopía marxiana y quijotesca. Un personaje simpático, sí, pero solo en el contexto de una comedida de situación castiza, tipo “Aida”, a la vera del Luisma, tomándose un cortao en el bar de Mauricio y desbarmando de política, no para gestionar el Ayuntamiento de la capital de España, con un presupuesto de 4.000 millones de euros”, en Ventoso, L. (18 de junio de 2015). ¡Y era jueza! ABC, 14.

visto, en los textos de opinión en la primera semana para intentar desacreditarla, en la cuarta para atacar su supuesta doble moral en las ejecuciones de desahucios, y en la quinta todas las citas están en textos de información porque continúan el tema del repunte de los lanzamientos hipotecarios cuando Carmena era jueza.

3.2.2. Genitivo

Este código se creó para identificar las numerosas referencias que se hacía a Carmena como responsable última de todas las personas que forman parte de su gobierno o su equipo. Se codifica como “genitivo” todo texto que aplica un posesivo sobre la alcaldesa. Aunque pueda parecer un mero giro estilístico, es altamente inusual y tiende a la personalización del equipo en una sola persona, al margen, incluso, de partidos políticos.

Las consecuencias semánticas de este código en la construcción de significados sobre Manuela Carmena son la centralización de todos los problemas o conflictos en la figura de la alcaldesa, la tendencia generalizada a responsabilizar a Carmena de todo lo que ocurre o han hecho en el pasado sus concejales, el desgaste de la alcaldesa, mediante la atribución de cualquier asunto, acción o declaración de cualquier persona de su equipo de gobierno, y el subrayado del posible nepotismo de la alcaldesa.

En total se codificaron 158 citas, de las que 113 estaban en textos de información y 45 en textos de opinión, lo que indica que esta tendencia a centralizar la responsabilidad de todo en Carmena se plasma principalmente desde los textos informativos. Valgan dos ejemplos de titulares informativos para ilustrar esta tendencia:^{8/9}

**El edil de Carmena solo
deja el área de Cultura
y sigue siendo concejal**

**Un desnudo en una
capilla acorrala a la
portavoz de Carmena**

3.2.3. Ironía

Este código mide toda intención de ridiculizar a la alcaldesa o a su gobierno, que, como hemos visto en el código denominado “genitivo”, tiende a convertirse en un ataque directo contra Carmena. Este código se encuentra, asimismo, dentro de una tendencia general e histórica a mofarse de las mujeres que ocupan puestos de poder o destacan en alguna rama profesional considerada masculina¹⁰.

⁸ Rivas, T.G. y Medialdea, S. (16 de junio de 2015). El edil de Carmena solo deja el área de Cultura y seguirá siendo concejal. *ABC*, pp. 16-17.

⁹ Rivas, T.G. (18 de junio de 2015). Un desnudo acorrala a la portavoz de Carmena. *ABC*, 25.

¹⁰ En este apartado también podemos destacar, como ejemplo, las masivas campañas antisufragistas, donde se afeaba o ridiculizaba a las mujeres.

Se han registrado un total de 116 citas de este código, de las que 107 están en textos de opinión y 9 en textos informativos. La “burla fina y disimulada”, como la define el DRAE, debería estar solo presente en los textos de opinión, puesto que los de información tendrían que estar exentos de esa carga de opinión. No son muchos los casos, pero hablar de las “ocurrencias” de Carmena o de la “primera verbena –y no castiza– de Manuela Carmena”, entre otros ejemplos, implica un posicionamiento ideológico del periodista que solo debería informar.

3.2.4. Liderazgo

Este código se utiliza para localizar e indexar las características atribuidas al liderazgo político de Manuela Carmena. Su utilización ha sido muy amplia porque la caracterización del liderazgo de Carmena es constante. Son 694 citas en total, de las que 465 están en textos informativos y 229 en textos de opinión. En cuanto a la caracterización positiva del liderazgo de Manuela Carmena, mediante características como la escucha y la reflexión, se limita a 38 citas.

El liderazgo de Carmena está siempre en entredicho y está caracterizado por atributos como que suelta lo primero que se le ocurre (tanto en el caso de las cooperativas de madres como en su intervención en el Foro *ABC*), que sus concejales no le hacen caso (caso de la tasa turística), que no conoce los nombres de sus concejales (dicho en un artículo de opinión), que dice que no es de Podemos, pero que se presentó como cabeza de lista de una de sus marcas blancas (*Ahora Madrid*), que está ahí solo para que Pablo Iglesias gane las elecciones; que piensa lo mismo que Pablo Iglesias, pero después; que quiere que los delincuentes salgan de la cárcel; que es hipócrita (dice que quiere frenar los desahucios, pero multiplicó los lanzamientos cuando era decana; dice que usa el transporte público, pero coge algún taxi o coche oficial también; dice que se va a bajar el sueldo, pero no lo hace); que tiene un alto concepto de sí misma; que está en contra del empresario Wanda; que se inventa los niños malnutridos que hay en Madrid; que se va a promocionar un libro a Argentina; que es comunista, y que quiere silenciar a los medios de comunicación a través de su web de la verdad, entre otras muchas cosas que se escribieron sobre ella que sería imposible reproducir en este texto.

Carmena, no obstante, resultó ser la política considerada más cercana en una encuesta encargada por *ABC*, pero este dato casi pasa desapercibido, al no destacarse en ningún sumario, lead o titular de despiece. A pesar de las críticas de *ABC*, Carmena sí que es percibida como una persona independiente (aunque fuera la cabeza de lista de *Ahora Madrid*) y cercana, un valor en alza dado el desapego entre la ciudadanía y los líderes políticos propiciado por la multiplicación de casos de corrupción.

Por otro lado, son significativos los verbos en voz activa utilizados cuando Carmena es el sujeto de la oración en los titulares de las informaciones, entre los que podríamos destacar “fulmina”, “tira a la basura” o “gasta”.

3.2.5. Populismo

La definición de populismo, según el DRAE, es “tendencia política que pretende atraerse a las clases populares”. El diccionario especifica que se usa en sentido despectivo. Este código se creó para contabilizar las constantes referencias a Carmena o su gobierno como populista. También se han indexado las referencias a “demagogia” en este código, por considerarlos términos del mismo campo semántico.

En total, se han hallado 97 citas, de las que 36 están en textos de información y 61 en textos de opinión. Tildar el gobierno municipal de populista es una afirmación altamente subjetiva, por lo que todas las menciones deberían ir en textos de opinión, salvo las que sean declaraciones de un concejal de la oposición. Pero los cintillos, titulares y demás elementos informativos hablan por sí solos de esta tendencia más interpretativa que informativa:^{11/12}

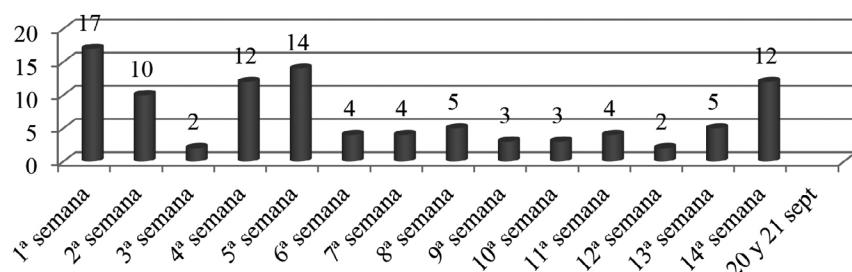
El populismo irrumpen en las grandes capitales con el aval decisivo del PSOE

El populismo desestabiliza el sector turístico español

Por otro lado, se observa una tendencia decreciente en este tipo de menciones que repunta solo en la décimo cuarta semana, con motivo principalmente de la publicación de los resultados de la encuesta de *ABC* cuyos resultados afirman que si se repitieran las elecciones la alcaldía volvería a manos del Partido Popular.

Figura 4. Distribución de las citas sobre “populismo” en referencia a Manuela Carmena en el *ABC*. Elaboración propia.

"Populismo" de Carmena en *ABC* (jun-sept 2015)



¹¹ Calleja, M. y Sanz, G. (14 de junio de 2015). El populismo irrumpen en las grandes capitales con el aval decisivo del PSOE. *ABC*, pp. 20-22.

¹² Calvo, E. y Rodríguez, A. (12 de julio de 2015). El populismo desestabiliza el sector turístico español. *ABC*, pp.56-57.

El mayor número de menciones de este código se concentra en la primera semana, con motivo de su investidura. La quinta semana se sitúa en segunda posición, con la argumentación de que Carmena, en campaña electoral, sostenía que quería acabar con los desahucios, pero, al mismo tiempo, los había facilitado cuando era jueza decana; por desestabilizar supuestamente el sector turístico en Madrid con el anuncio de una tasa y por la web Versión Original. La cuarta semana se sitúa en tercer lugar por los desahucios, por la revisión del callejero franquista y por dar voz a la oposición que se expresa en esos términos en citas en estilo directo.

3.2.6. Radicalismo

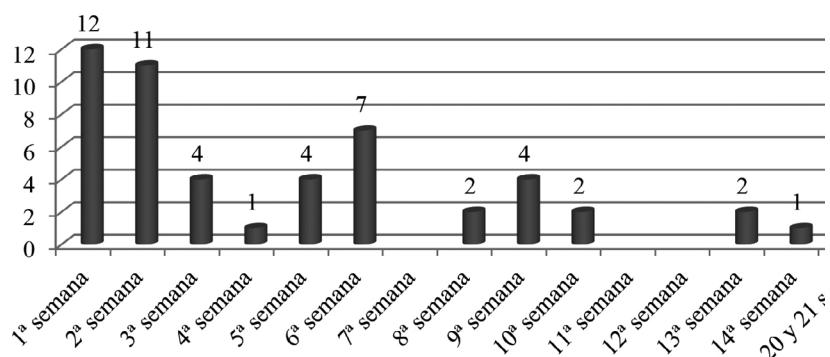
Este código se creó para indexar todas aquellas menciones en las que se identifica a Carmena o a sus concejales como radicales. Dada la variedad de radicalismos que mencionan, se dividió el código en radicalismo, radicalismo extrema izquierda, radicalismo abertzale, radicalismo okupa y radicalismo republicana y radicalismo anticonstitucional.

El radicalismo, según el DRAE, es “la doctrina que propugna la reforma total de todo orden político, científico, moral y religioso”. Radical, como adjetivo o sustantivo, es “el partidario de reformas extremas”.

Se han indexado un total de 51 citas de “radicalismo”, 25 en información y 26 en opinión. Se observa una tendencia muy pronunciada a calificar como radicales a Carmena o su equipo en las dos primeras semanas de mandato, que se atenúa hasta casi desaparecer al final de los cien primeros días.

Figura 5. Distribución de la caracterización de Manuela Carmena como radical en el ABC. Elaboración propia.

**"Radicalismo" de Carmena en ABC
(jun-sept 2015)**



Por otro lado, el código “radicalismo abertzale” indexa todas las menciones o comparaciones de Manuela Carmena y su equipo con ETA, el terrorismo o el entorno abertzale. Se registraron solo nueve citas, de las que 7 estaban en textos informativos y dos en textos de opinión. Estas menciones se concentran en las tres primeras semanas de mandato de

Manuela Carmena (cuatro, tres y dos, respectivamente), desapareciendo después de los textos de forma absoluta. Se puede decir que en el imaginario colectivo no ha calado esta caracterización, puesto que los abertzales son un grupo muy específico, delimitado en determinados espacios de España, y los concejales y alcaldesa de Ahora Madrid no encataban de forma indubitable en este perfil.

Por su parte, “radicalismo anticonstitucional” indexa todas las menciones a Manuela Carmena o su equipo como individuos de ideas anticonstitucionales, antidemocráticas y antisistema. Aunque no son específicamente sinónimos, hemos agrupado todas estas menciones por considerar que comparten el mismo núcleo semántico: se refieren a personas que no están conformes con el orden establecido en España como país democrático. Este código no tiene mucho enraizamiento: un total de 13 citas, de las que 8 están en textos informativos y 5 en textos de opinión. No obstante, “radicalismo extrema izquierda” es el código que más enraizamiento tiene de todos “radicalismos. Se ha utilizado para indexar las menciones a Manuela Carmena o a su equipo como personas de ideología ultraizquierdistas, comunistas, o simpatizantes de personas o grupos de extrema izquierda. Se contabilizaron un total de 104 menciones, de las que 66 están en textos de opinión y 38 en textos informativos. Como en otras subdivisiones del código “radicalismo”, se produce una explosión de estos términos en la primera semana de mandato de Manuela Carmena, que desciende después y queda como un goteo de entre dos y diez menciones por semana.

Hay que matizar que Manuela Carmena militó en el Partido Comunista durante la dictadura franquista, aunque en este análisis solo se hallaron dos menciones a este hecho en la décimo primera semana. Además, ella misma mencionó su condición de “no comunista”¹³ en el foro ABC (semana décimo tercera), lo que influye en el número de menciones, aunque no de forma importante (fueron solo 6 menciones en esa semana).

Algunos ejemplos de este código en información:^{14 / 15}

Concejales de la izquierda radical acatan la Constitución por imperativo legal y al grito de “sí se puede”

Los alcaldes de la izquierda radical ven prioritaria la memoria histórica

En la misma línea que el anterior, radicalismo okupas indexa todas las referencias en las que se relaciona a la alcaldesa o a su equipo como simpatizantes de colectivos o grupos okupas. Se detectaron un total de 91 citas, de las que 71 están en textos informativos y

¹³ En varias ocasiones, Carmena asegura que ella nunca se sintió comunista, pero que en ese momento histórico parecía la forma de trabajar por la llegada de la democracia a España.

¹⁴ Subtítulo de la información de Calleja, M. y Sanz, G. El populismo irrumpió en las grandes ciudades con el apoyo decisivo del PSOE. ABC, pp.20-22.

¹⁵ Castro, M.R. y Delegaciones ABC. Los alcaldes de la izquierda radical ven prioritaria la memoria histórica. ABC, pp.18-19.

20 en textos de opinión. El motivo principal de la prevalencia de estas citas en información es que *ABC* toma una serie de hechos noticiosos y aprovecha para relacionarlos de alguna manera con la alcaldesa o su equipo. A veces de una forma más o menos inocua, como cuando menciona que la alcaldesa está muy preocupada por la situación del Colegio Mayor San Juan Evangelista, pero en la mayoría de las ocasiones existe una connotación hostil. Un ejemplo claro es la nueva ocupación tras el desalojo del Patio Maravillas, donde se menciona que varios de los concejales de Ahora Madrid han sido simpatizantes o han estado integrados en este movimiento. Tras el compromiso de Carmena de buscarles una ubicación, se realiza un artículo extenso sobre inmuebles ocupados (es otro tipo de ocupación, derivada de la crisis económica) y se la acusa de crear un efecto llamada (aunque en el texto se ve claramente que las fechas de las ocupaciones coinciden con de años de gobierno del Partido Popular y con el recrudecimiento de la situación económica global). Incluso en el caso del reducido grupo de jóvenes que “okupan” la calle, se menciona en varias ocasiones que Carmena les saludó y se comprometió a reunirse con ellos (al menos en 100 días, no hay constancia escrita de que lo hiciera).

Una primera interpretación de tanta incidencia en este código es la intencionalidad manifiesta del periódico por retratar a Carmena y a su grupo de gobierno como personas que provienen de o simpatizan con grupos que no respetan la propiedad privada, que es un concepto que forma parte de los principios editoriales y los valores tradicionales defendidos y postulados por *ABC*. De hecho, la novena semana, que es en la que se registran mayor número de citas, coincide con el reportaje mencionado sobre los edificios ocupados en Madrid, y los jóvenes acampados en Cibeles. Algunos ejemplos en información de esa semana:^{16/17/18}

Unos 300 “okupas” se hacen fuertes en una treintena de edificios de Madrid

Mapa de la “okupación” Indignación vecinal

Interior: Hay que actuar ante el auge “okupa” y cumplir la ley”

El código radicalismo república, por su parte, indexa las menciones que se hacen a La República en relación con Manuela Carmena o su equipo de Gobierno. Son muy pocas: solo ocho citas, de las que cinco están en textos informativos y tres en de opinión. En la primera semana, los textos informativos se concentran principalmente en la investidura,

¹⁶ (11 de agosto de 2015). Unos 300 “okupas” se hacen fuertes en una treintena de edificios de Madrid. *ABC*, 2.

¹⁷ Cintillo de Álvarez, M.J. (11 de agosto de 2015). Tensión en Pueblo Nuevo por la toma de un bloque de pisos por radicales. *ABC*, 50

¹⁸ Delgado, A. (12 de agosto de 2015). Interior: “Hay que actuar ante el auge «okupa» y cumplir la ley”. *ABC*, 51

en la que se dice que había gente con banderas republicanas. Uno de ellos es una referencia al comportamiento de un agente miembro de Ahora Madrid que después fue objeto de una rectificación en el periódico por ofrecer datos que no eran veraces.¹⁹

Manuela Carmena y Ada Colau prometen en el cargo de alcaldesas entre banderas republicanas y gritos de “sí se puede”

3.2.7. Referencias a la edad de Manuela Carmena

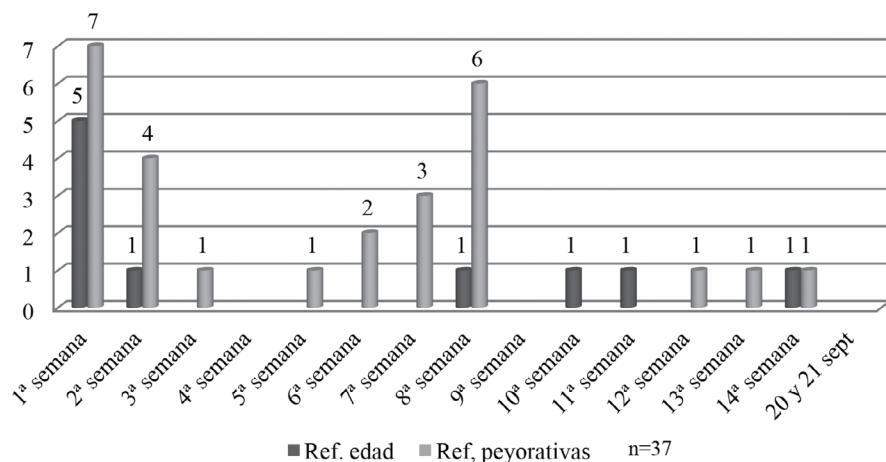
Existen un total de 10 referencias a la edad de Manuela Carmena, tres en información y siete en opinión. Este código indexa las que parecen a simple vista inocuas, que no van cargadas de ningún sentido peyorativo. No obstante, la edad es un aspecto que funciona de forma diferente en mujeres y hombres, de forma que cumplir años en mujeres es considerado ‘no bello’ dado que las mujeres consiguen más poder con el tiempo (Wolf, 2002).

Los textos informativos que hacen referencia a la edad de la alcaldesa corresponden al perfil básico que se hizo de ella en su investidura y a una referencia de Esperanza Aguirre a una conversación con Manuela Carmena. Las menciones de opinión, salvo una en que es la propia Carmena quien habla de su edad, tienen una carga negativa: con la edad que tiene, cómo hace esto.

Más numerosas y significativas son las referencias peyorativas a la edad de Manuela Carmena. Este código indexa, específicamente, solo las referencias negativas a la edad de

Figura 6. Comparativa entre las referencias a la edad de Carmena neutras y negativas en el ABC. Elaboración propia.

**Referencias a la edad de Carmena en ABC
(jun-sept 2015)**



¹⁹ Subtítulo de (14 de junio de 2015). España consuma su giro radical a la izquierda. ABC, 1.

Manuela Carmena. En especial cuando se refieren a ella como “abuela”. Estas citas casi triplican a las que se refieren a su edad sin más. Son un total de 27 citas y todas están en textos de opinión. De hecho, el columnista Ignacio Ruiz-Quintano, que escribe la columna “Visto y no visto” de la contraportada, tiene una marcada tendencia a llamar “abuela” a Manuela Carmena. 21 del total de las 27 citas pertenecen a sus columnas de opinión.

3.2.8. Sexismo

Este código indexa la intención de menoscabar la preparación, la capacidad o el trabajo de Manuela Carmena, en contraposición siempre de una figura masculina. También engloba la aplicación estereotipos sexistas a su figura al hablar de su ropa o complementos (Lledó, 2013, p.44), puesto que no hay que perder de vista que a la mujer profesional se le presuponen unas expectativas y necesidades diferentes a las de los hombres (García Cuesta, 2009).

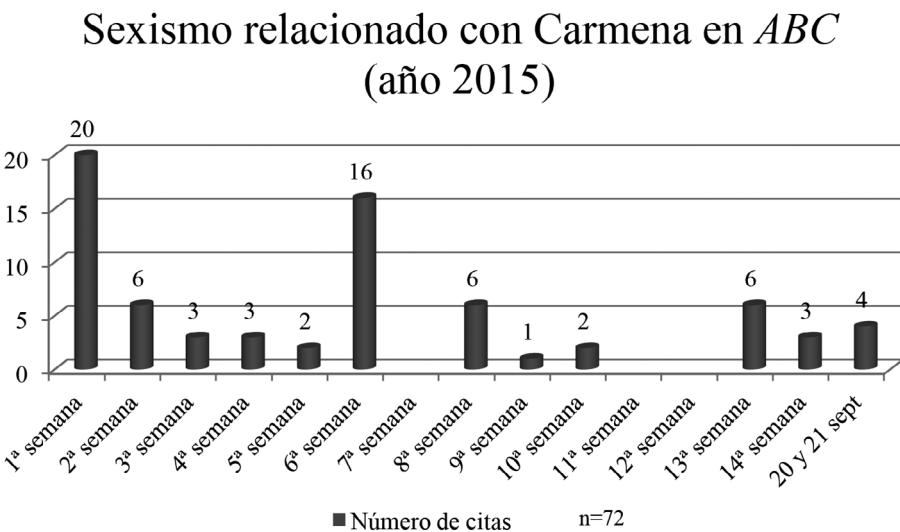
Se han hallado un total de 72 citas, de las que 13 están en textos informativos y 59 en textos de opinión. La mayoría de textos informativos recuerda que la alcaldesa le debe todo al PSOE, que la apoyó en su investidura. En este sentido, el sexismio es sustancialmente mayor en la primera semana de mandato que en el resto de las semanas (coincidiendo con su investidura y, por tanto, con más menciones a ese apoyo de Carmona). También en la sexta semana, por su encuentro con el Rey (al que acudió con un bolso considerado inadecuado) y por la puesta en marcha de la web Versión Original (dicen que la mantiene abierta Pablo Iglesias pero Carmena se compromete a suavizarla porque se lo pide Carmona).

Hay un total de tres citas sexistas que no hablan directamente de Carmena, pero que están en textos donde se la menciona²⁰. Estas se han incluido por constituir un ejemplo de la tendencia a cosificar, sexualizar o menoscabar lo femenino de *ABC*.

Por otro lado, es muy común que se la compare en los textos de opinión con el exalcalde Tierno Galván: “la entrañable feminización de Tierno, con su Bonometro”; “Carmena es la repetición de la tragedia de Tierno”; “la partidocracia (no la democracia) llevó a la alcaldía a Tierno; a Manuela, también. Tierno hacía mofa de sus promesas; Manuela también”; “entre sus concejales parece la típica abuelita que se cuela en el guateque para hacerse la guay. Como Tierno cuando decía “al loro” o miraba la teta de Susana Estrada”. O como una marioneta que está supeditada o a las órdenes de Pablo Iglesias.

Carmena, según las citas recogidas en artículos, ha resultado ser “una mantenida” de Carmona que no limpia su casa; es solo “una coartada estética - la entrañaba feminización de Tierno” porque “no tiene fuerza personal para purgar” su grupo de gobierno; también se

²⁰ En concreto, estas tres citas se refieren a la elección del alcalde de Cádiz: “Su pareja es la elección de la lideresa de Podemos en Andalucía, Teresa Rodríguez. Las chirigotas ya les han puesto mote en común: Los Clinton”, en Expósito, A. (14 de junio de 2015). ¿Cómo lo explicará el PSOE? *ABC*, pp. 6-7 ; la segunda, a una intervención de Rita Maestre en un Pleno: “Llevaba un vestidito blanco como de Billie Jean King del que se le escapaba un tirante rojo del sujetador”, en Belmonte, R. (23 de julio de 2015). Sorpresa y desazón. *ABC*, 59, y la tercera es una afirmación general: “Si Madrid era como Baden-Baden, había dos cosas que –según Valdivia– gustaban sobremanera a los madrileños: “los toreros valientes y las mujeres gordas”, en Martínez, A. (17 de agosto de 2015). Esto ya no es Baden-Baden. *ABC*, 72. Las tres citas están en artículos de opinión firmados por diferentes personas.

Figura 7. Citas codificadas como “sexismo” referentes a Manuela Carmena en el ABC. Elaboración propia.

dice que los podemitas la usan “como la plastilina los niños”; es “alcaldesa de rebote por una felonía de Sánchez” y, por tanto, “carece de cualidades para gestionar la alcaldía de Madrid”; “Carmena es el hada del cuento de Podemos, pero no se la ve muy preocupada por sus incumplimientos de palabra”, y tiene ideas propias “del misionero de una aldea de Zimbabwe”.

3.2.9. Venezuela

Este código se utiliza para indexar todas aquellas menciones que asimilan el partido o grupo de gobierno de Carmena con el régimen político venezolano. Son un total de 22 citas, divididas en 12 en información y 10 en opinión. Aunque no son muy numerosas, este goteo contribuye a forjar una imagen del equipo de gobierno, con Carmena a su cabeza, muy cercano al régimen chavista o que no simpatiza con los opositores a este régimen, algunos de ellos encarcelados. Así, aunque Carmena recibe a la mujer del alcalde de Caracas (que estaba encarcelado en ese momento), se la critica que no se haya querido hacer una foto con ella.

Especial mención merece el uso torticero del apellido Capriles en relación con un inmueble ocupado por el colectivo Patio de las Maravillas. Aunque se identifican como primos, solo en el último párrafo de una noticia de dos páginas se aclara que son primos muy lejanos y que el primo Capriles forma parte de un fondo de inversión (del que se desconoce su composición):²¹

²¹ “Por otro lado, fuentes empresariales precisan que «nada tiene que ver esta parte de la familia con Hernández Capriles», el político opositor a Nicolás Maduro y gobernador del estado de Miranda. «Miguel Ángel Capriles López –quien capitanea las inversiones en España– y Henrique Capriles Radonski son primos muy lejanos, de tercera o cuarta generación: el bisabuelo de uno era hermano del tatarabuelo del otro. Se conocen, porque uno es un importante empresario y el otro un importante político venezolano, pero no hay vinculación financiera ninguna», en Chicote, J. (16 de junio de 2015). Errejón acudió el jueves a la ocupación del edificio de los Capriles en Madrid. *ABC*, pp.20-21.

Por otro lado, fuentes empresariales precisan que “nada tiene que ver esta parte de la familia con Henrique Capriles, el político opositor a Nicolás Maduro y gobernador del estado de Miranda.

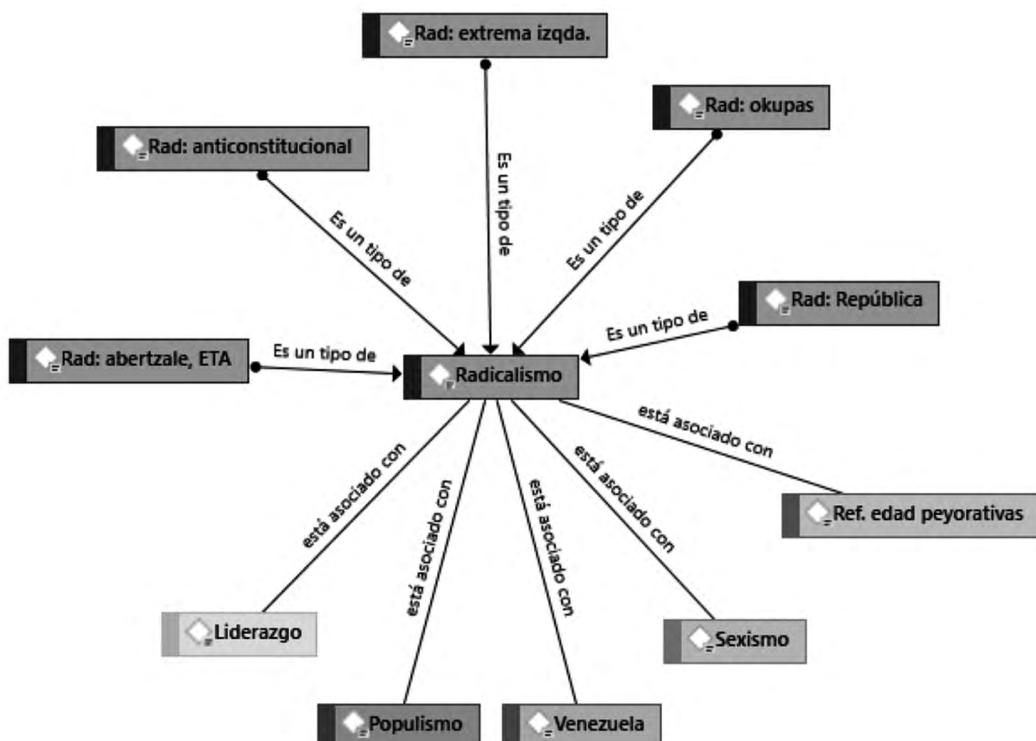
“Miguel Ángel Capriles López –quien capitanea las inveriones en España– y Henrique Capriles Radonski son primos muy lejanos, de tercera o cuarta generación: el bisabuelo de una era hermano del tatarabuelo del otro. Se conocen, porque uno es un importante empresario y el otro un importante político venezolano, pero no hay vinculación financiera ninguna”.

Esta aclaración no se repite en posteriores textos, por lo que se sigue mencionando a este Capriles como familiar cercano del homónimo encarcelado en Venezuela.

3.3. Caracterización negativa de Carmena

En términos generales, Manuela Carmena mantiene una caracterización negativa en los textos publicados en el *ABC* durante sus primeros 100 días de mandato. Dicho retrato está marcado por las relaciones establecidas entre once de los códigos que se han analizado. Todos ellos tienen en común que pertenecen a la categoría de aspectos semánticos y que han sido profusamente utilizados en los textos analizados, con la intención de desgastar la figura de Manuela Carmena.

Figura 8. Atributos o códigos que caracterizan negativamente a Manuela Carmena en el *ABC*. Elaboración propia.



4. Conclusiones

El análisis del retrato de la figura de Manuela Carmena como alcaldesa de Madrid durante sus primeros cien días de mandato en el periódico *ABC* puede calificarse como sesgado, peyorativo y sexista. *ABC* retrató a Carmena como radical y la enmarcó en un movimiento político de tintes populistas, todo ello antes de que tuviera tiempo de iniciar alguna medida de calado en el municipio, dado que el mayor número de citas de estos códigos se encuentra en las primeras semanas de mandato.

La constancia y repetición de los ataques y la carencia casi absoluta de puntos de vista contrarios o discordantes (a través de artículos de opinión, por ejemplo, que sostuvieran una duda razonable sobre algún punto) inciden en la caracterización profesional de una Carmena errática, poco preparada, radical y dominada por Pablo Iglesias.

Es paradigmático el uso que se realizó de su condición de exjueza en los artículos de opinión, enfrentando siempre este atributo con el de falta de preparación o ideas descabelladas, constituyendo un claro ejemplo de violencia política hacia Manuela Carmena. La ironía y el cinismo son los recursos lingüísticos que se utilizan para coadyuvar a esta visión negativa de la alcaldesa, en lo que, por otro lado, no parece un caso aislado en el tratamiento de *ABC* hacia las políticas progresistas o de partidos pertenecientes al espectro político de la izquierda²².

Al mismo tiempo que se incide y se ahonda en aspectos o acciones negativas de su mandato, como la falta de coordinación entre los miembros del gobierno, su relación con hechos ajenos a su responsabilidad como el auge de las ocupaciones en 2008, y se hace referencia a su militancia en el partido Comunista en su juventud; se obvia de forma clara uno de los hitos de su vida: que fue fundadora del despacho laboralista de Atocha, que fue objeto de un atentado de extrema derecha en 1977 en el que murieron cinco personas. De esta forma, el encuadre que se realiza de Carmena enfatiza, llegando a deformar en algunos casos como el mencionado de Capriles, todo lo negativo de sus primeros cien días de mandato, y silencia o minimiza cualquier aspecto que pudiera despertar empatía en el lector, con la intención última de desgastar su figura y minar su popularidad.

Como fémina, a Carmena se la retrata como demasiado mayor para el cargo y se la critica que no vista acorde a los cánones de la moda o del protocolo, reforzando así los estereotipos de belleza, que exigen a las mujeres, no solo ser buenas profesionales, sino permanecer bellas a lo largo del tiempo. El sexismoparece como consustancial a los articulistas de *ABC*, que aún son capaces de hablar de las mujeres como si fueran un producto para el disfrute o consumo masculino. Alguno de los comentarios sexistas indexado se ha hecho incluso por parte de una articulista, en lo que representa un proceso de aculturación de esta periodista hacia el modelo masculino dominante en el rotativo (Ruiloba, 2013; García de León, 1994).

²² Cristina Alberdi (Méndez, 2002, pp.157–158) explica que en su época como ministra se publicó una doble página “en la que se criticaba algunas subvenciones concedidas por el Ministerio a asociaciones de muy diversa índole, algunas de ellas ridiculizadas por sus nombres y la labor que desarrollaban, [...] que reforzaban un mensaje muy reiterado por el *ABC*: el Ministerio de Asuntos Sociales tira el dinero público”.

Todos estas caracterizaciones y atributos negativos en algunas ocasiones han emergido como críticas legítimas de los primeros errores cometidos por el equipo de gobierno municipal encabezado por Manuela Carmena, pero en otras se han forzado, creando relaciones dialécticas de causalidad inexistentes o llegando incluso a obviar información relevante para la comprensión completa del acontecimiento noticioso. Los textos de *ABC* refuerzan, de esta forma, los estereotipos de género; sesgan las informaciones y tratan de influir en la opinión pública mediante este retrato deformado de una mujer que, objetivamente, tiene suficiente preparación académica y experiencia en gestión para un cargo de estas características.

Otra de las conclusiones a las que llegamos en esta investigación es la comparación constante que existe entre la figura de Manuela Carmena y otras figuras masculinas, como otro ángulo desde el que se aborda el descrédito de su persona a través de un uso sexista de estos falsos paralelismos. El hecho, además, de que se le prive en numerosas ocasiones de hablar con su voz a través del estilo directo en la narración, contribuye al retrato de una persona que carece de las mínimas aptitudes oratorias requeridas para el cargo; al tiempo que se hace hincapié en que, cuando habla, lo hace sin pensar primero lo que va a decir.

La conclusión operativa de este análisis crítico es que la praxis y rutinas profesionales del *ABC* deben ser revisadas y corregidas, dado que un periódico, en un país democrático, ha de tener entre sus objetivos informar a la población de hechos (no opiniones) relevantes, para que esta pueda forjarse sus propios juicios sobre los acontecimientos, en lugar de mezclar opinión e información, contraviniendo, de esta forma, los límites deontológicos de la profesión periodística.

5. Bibliografía

- ASOCIACIÓN “MUJERES EN LA TRANSICIÓN DEMOCRÁTICA”. (1999). *Españolas en la Transición. De excluidas a protagonistas (1973-1982)*. Madrid: Biblioteca Nueva.
- BLAS, I. (1999). Comunicación e información de mujeres para mujeres. En *Españolas en la Transición. De excluidas a protagonistas (1973-1982)* (pp: 325-426). Madrid: Biblioteca Nueva.
- BORDIEU, P. (2015). *La dominación masculina*. Madrid: editorial Anagrama, colección Argumentos [edición original en 2000: *La domination masculine*].
- BENGOECHEA, M. (2015). *Lengua y género*. Madrid: editorial Síntesis.
- CARMENA, M. (2014). *Por qué las cosas pueden ser diferentes. Reflexiones de una jueza*. Madrid: clave intelectual.
- CHISHOLM-BURNS, M.A, SPIVEY, C.A, HAGEMANN, T. & JOSEPHSON, M.A. (2017). Women in leadership and the bewildering glass ceiling. *Am J Health-Syst Pharm*, 74 (5), 312-324.
- D'ADAMO, O., GARCÍA BEAUDEOUX, V. & FREIDENBERG, F. (2007). *Medios de comunicación y opinión pública*. Madrid: McGrawHill.
- DE BEAVOIR, S. (1949). *El segundo sexo*. Madrid: Ediciones Cátedra, colección Feminismos.
- EAGLY, A. & HEILMAN, M.E. (2016). Gender and leadership: introduction to the special issue. *The Leadership Quarterly*, 27, 349-353.

- ESPÍ-HERNÁNDEZ, A. (2017). Presencia de la mujer y brecha de género en la política local española. *Femeris*, 2 (1), 133–147. Doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3556>
- GARCÍA CUESTA, S. (2009). La abogacía en Santa Cruz de Tenerife: una perspectiva de género. *Revista Altántida: revista canaria de Ciencias Sociales*, 1, 65-92.
- GARCÍA DE LEÓN, M.A. (1994). *Élites discriminadas: sobre el poder de las mujeres*. Bogotá: editorial Arthropos.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, G. & DEL MORAL VARGAS, M. (2015). Las pioneras de la gestión local: concejalas y alcaldesas designadas durante la dictadura de Primo de Rivera y el Gobierno de Berenguer (1924-1930). En Nielfa, Gloria (coord.): *Mujeres en los Gobiernos locales. Alcaldesas y concejalas en la España contemporánea* (pp.: 41-72). Madrid: Biblioteca nueva.
- INSTITUTO DE LA MUJER Y PARA LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES (2015). Mujeres en cifras –Poder y toma de decisiones– Administración local. Recuperado de <http://www.inmujer.gob.es/MujerCifras/PoderDecisiones/AdmonLocal.htm>
- LIPPmann, W. (2003). *La opinión pública*. Madrid: inActuales Langre. [Edición original de 1922, *Public Opinion*].
- LLEDÓ CUNILL, E. (2012). *Cambio lingüístico y prensa. Problemas, recursos y perspectivas*. Barcelona: Laertes ediciones.
- MATEOS, R. (2017). Mujeres y liderazgo empresarial: explorando la brecha de género en la cima. *Femeris*, 2 (2), 53-80. doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2017.3758>
- MCQUAIL, D. (1985). *Introducción a la teoría de la comunicación de masas*. Barcelona: Paidós Comunicación.
- MELDENBERG, T. & KARPOWITZ, C.F. (2016). Women's authority in political decision-making groups. *The Leadership Quarterly*, 27, 487-503.
- MÉNDEZ, L. (ED.). (2001). *Cristina Alberdi. El poder es cosa de hombres*. Madrid: La esfera de libros.
- MILLS, S. & MULLANY, L. (2011). *Language, gender and feminism*. Routledge, Nueva York.
- MORENO, A., ROVETTO, F. & BUITRAGO, A. (2007). *¿De quién hablan las noticias?* Barcelona: editorial Icaria.
- NIELFA, G. (2015). *Mujeres en los Gobiernos locales. Alcaldesas y concejalas en la España contemporánea*. Madrid: Biblioteca nueva.
- O'BRIEN, DIANA Z. & RICKNE, J. (2016). Gender quotas and women's political leadership. *American Political Science Review*. Vol, 110 (1), 112-126.
- PLAZA, JUAN F. & DELGADO, C. (eds.) (2007). *Género y comunicación*. Caracas: editorial Fundamentos.
- RYAN, M. K., HASLAM, S. ALEXANDER, M., THEKLA, R., FLOOR, S., JANKA & PETERS, K. (2016). Getting on top of the glass cliff: Reviewing a decade of evidence, explanations, and impact. *The Leadership Quarterly*. 27, 446-455.
- RIDGEWEY, C. L. (2001). Gender, status & Leadership. *Journal of Social Issues*, 57 (4), 637-655.
- RODRÍGUEZ MOYA, J. & GAGO GARCÍA, C. (2015). El periodo democrático: la progresiva incorporación de las mujeres a los gobiernos a partir de 1975. En Nielfa, Gloria

- (coord.) *Mujeres en los Gobiernos locales. Alcaldesas y concejalas en la España contemporánea* (pp.: 181-220). Madrid: Biblioteca nueva.
- RUILOBA, J. M. (2013): "Liderazgo político y género en el siglo XXI", *Entramados*, 9 (1), pp.142-155.
- SALAS, M. & COMABELLA, M. (1999). Asociaciones de mujeres y movimiento feministas. En *Españolas en la Transición. De excluidas a protagonistas (1973-1982)* (pp: 25-126). Madrid: Biblioteca Nueva.
- SCHEIN, VIRGINIA E., MUELLER, R., LITUCHY, T. & LIU, J. (1996). Think manager-think male: A global phenomenon? *Journal of Organizational Behavior*, 17, 33-41.
- SCZESNY, S. (2003). A Closer Look Beneath the Surface: Various Facets of the Think- Manager -Think-Male Stereotype. *Sex Roles*, 49 (7), 353-363.
- SORIANO, S. (2020). Violencia y acoso en el ámbito político como forma específica de violencia contra las mujeres. *Femeris*, 4 (3), 134-157. doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2019.4933>
- STRAUSS, A. & CORBIN, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa. Técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada*. Medellín: editorial Universidad de Antioquia.
- TORRES, M. (2015). *Manuela Carmena en el diván de Maruja Torres*. Barcelona: Planeta.
- TRINIDAD, A., CARRERO, V. & SORIANO, R. M. (2006). *Teoría fundamentada "Grounded Theory", La construcción de la teoría a través del análisis interpretacional*. Colección Cuadernos Metodológicos nº37. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- VALCÁRCEL, A. (2012). *La política de las mujeres*. Madrid: ediciones Cátedra, colección Feminismos [primera edición en 1997].
- VIGARA, A. M.ª (2001) *Libro de estilo de ABC*, Madrid: Ariel.
- WOLF, N. (2002). *The beauty myth*. New York: Harper Perennial.

CRÓNICAS JURISPRUDENCIALES

Últimos pronunciamientos judiciales sobre conciliación y corresponsabilidad

Latest judicial pronouncements on conciliation and co-responsibility

ANA DE LA PUEBLA PINILLA*

*Catedrática de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid*
ORCID ID: 0000-0003-4850-928X

Recibido: 6/4/2021

Aceptado: 8/4/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6143>

I. Introducción

La finalidad de permitir la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras estaba ya implícita en algunas medidas recogidas desde las primeras versiones del Estatuto de los Trabajadores. La noción de corresponsabilidad es, sin embargo, mucho más reciente. La corresponsabilidad apela al reparto equilibrado de las tareas domésticas y de las responsabilidades familiares, tales como su organización, el cuidado, la educación y el afecto de personas dependientes dentro del hogar, con el fin de distribuir de manera justa los tiempos de vida de mujeres y hombres. Tal objetivo estaba ya contemplado en las primeras normas sobre conciliación –la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, ya señalaba en su Exposición de Motivos la finalidad de facilitar que “los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia”-. Pero solo se ha materializado en normas relativamente recientes -significativamente, a través del RDL 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 las que se incorporan instrumentos que pretenden fomentar el efectivo ejercicio por los trabajadores varones de los derechos de conciliación. Con esta finalidad, el citado RDL 6/2019 recurre a diversas fórmulas.

* ana.delapuebla@uam.es

Por una parte, se homologa la duración de la suspensión del contrato por maternidad y por paternidad impidiendo además la transferencia de este derecho desde la madre hasta el otro progenitor, de modo tal que, si uno de ellos renuncia a su derecho, tal renuncia no acrece la duración de la suspensión del contrato del otro progenitor. Lo mismo ocurre con la ampliación de la suspensión en caso de parto o adopción múltiple: el incremento ya no es de dos semanas para que ambos progenitores se las distribuyan según su voluntad o interés sino de una semana para cada progenitor. Y, en fin, con la de la hora de ausencia al trabajo en caso de nacimiento prematuro. Se corrige así una práctica que, ideada como medida para fomentar la participación de los trabajadores varones en la conciliación, se ha revelado poco eficaz puesto que, como acreditan las estadísticas, el número de hombres que disfrutaban de la baja por maternidad cedida por la madre o del resto de derechos reconocidos para su reparto entre los dos progenitores era muy reducido.

Por otra parte, se bonifica en algunos casos el ejercicio por ambos progenitores de los derechos de conciliación. Esto ocurre con el permiso por lactancia que, si es ejercido por ambos progenitores con la misma duración y régimen, se extiende hasta que el lactante cumpla doce meses, aunque con reducción proporcional del salario a partir del cumplimiento de los nueve meses.

El alcance y contenido de los derechos de conciliación suscita problemas interpretativos a los que la doctrina judicial da respuestas cuyo conocimiento es imprescindible para conocer el efectivo alcance de tales medidas. La excedencia por razones familiares ha planteado, por una parte, el problema de delimitar el concepto de "familiar" que genera el derecho y, por otra, las obligaciones del trabajador durante la situación de excedencia. La supresión del permiso por nacimiento de hijo, derogado por el RDL 6/2019, ha planteado el problema de la vigencia y eficacia de las cláusulas convencionales que reconocen, y en ocasiones mejoran, un permiso por esta misma causa. El alcance del derecho a la adaptación de la jornada por motivos de conciliación reconocido en el art. 34.8 ET, que también fue reformulado por el citado RDL 6/2019, resulta igualmente controvertido en cuanto a las condiciones y posibilidades para su ejercicio.

Además, el ejercicio de los derechos de conciliación no puede analizarse prescindiendo de la perspectiva de género. Son todavía las mujeres trabajadoras las que mayoritariamente utilizan las posibilidades que las normas laborales ofrecen para conciliar la vida laboral con las responsabilidades familiares y las que soportan, por tanto, el impacto que ello genera en su trayectoria profesional y en sus condiciones laborales. Pero el ejercicio de estos derechos por los hombres también suscita la cuestión de su protección frente a tales consecuencias negativas. En este sentido, la finalidad de fomentar la corresponsabilidad que caracteriza a las medidas de conciliación incide en la valoración y calificación de las decisiones o prácticas empresariales que, de alguna manera, perjudican a los trabajadores varones que las ejercen. Si el objetivo es evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares, es preciso ampliar la tutela para los trabajadores varones que solicitan o ejercen derechos de conciliación, porque cualquier obstáculo a tal ejercicio puede suponer un freno a la corresponsabilidad.

II. Cuestiones controvertidas sobre la excedencia por cuidado de hijo o de familiares

1. ¿Puede solicitarse una excedencia por cuidado de familiares para el cuidado de hijos mayores de tres años?

La posibilidad de solicitar una excedencia para atender el cuidado de hijos hasta los tres años se reconocía ya en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, si bien su regulación se ha ido modificando para configurarlo como un auténtico derecho vinculado con la conciliación y para otorgar a los trabajadores la necesaria protección por su ejercicio.

La excedencia por cuidado de familiares se incorpora más tarde, fruto de la Ley 39/1999, y se define como el derecho a suspender el contrato de trabajo para “atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida” (art. 46.3 ET). Cuenta con un régimen especial de tutela que supone que, durante el primer año de excedencia, la persona trabajadora tiene reserva de su puesto de trabajo, quedando después dicha reserva referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría profesional equivalente.

Una cuestión que se plantea con cierta frecuencia en relación con esta excedencia por cuidado de familiares es si la misma puede solicitarse para atender a un hijo que, siendo mayor de tres años -y no generando, por tanto, derecho a la excedencia por cuidado de hijos- no tiene aún, por la mera circunstancia de la edad, autonomía suficiente.

En su mayoría, la respuesta de los tribunales a esta cuestión ha sido negativa (SAN de 13 de noviembre de 2017, ECLI:ES:AN:2017:4396) aunque algún pronunciamiento de suplicación se había pronunciado en sentido contrario reconociendo el derecho a la excedencia por cuidado de familiares para atender al cuidado de hijos mayores de tres años (STSJ Navarra de 23 de febrero de 2006, Rº 25/2006).

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 5 de febrero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:456) ha unificado la doctrina sobre esta cuestión rechazando la posibilidad de que la excedencia por cuidado de familiares pueda utilizarse para atender el cuidado de hijos mayores de tres años. Apela el Tribunal a la función y finalidad que el legislador atribuyó a esta excedencia cuando la misma se incorporó al art. 46.3 ET. Finalidad que no es otra que la de ampliar los derechos de las personas trabajadoras “que tengan que ocuparse de personas mayores y enfermas, en línea con los cambios demográficos y el envejecimiento de la población”. La exigencia legal de que el familiar que da derecho a esta excedencia “no pueda valerse por sí mismo” remite por tanto, cuando se trata de la edad, a las personas mayores. Este argumento se refuerza, además, con el segundo requisito que el art. 46.3 ET exige para la excedencia (“que no desempeñe actividad retribuida”), de imposible cumplimiento cuando se trata de hijos menores.

En definitiva, la respuesta a la cuestión planteada es que la excedencia por cuidado de familiares no está pensada, ni puede ejercerse, para atender el cuidado de hijos mayores de tres años. La excepción, que el propio Tribunal Supremo contempla, remite a los casos en que la razón para atender el cuidado de un hijo mayor de tres años sea, no

meramente la edad, sino las restantes causas enunciadas en el art. 46.3 ET -accidente, enfermedad o discapacidad-.

2. Realización de actividades profesionales o laborales durante la excedencia por motivos familiares y sus consecuencias sobre la relación laboral suspendida

Una cuestión que ha venido suscitando cierta controversia es la posibilidad de que, durante la excedencia por cuidado de hijos o de familiares, la persona trabajadora realice una actividad profesional, por cuenta propia o por cuenta ajena, así como las consecuencias que esa nueva actividad pueda generar, tanto sobre la relación laboral preexistente como sobre el acceso a prestaciones de la Seguridad Social.

Al respecto, es preciso partir de que la excedencia por razones familiares (cuidado de hijos o de familiares) es un derecho absoluto de la persona trabajadora solo condicionado al cumplimiento de los requisitos legalmente exigidos en cada caso. El único condicionante previsto legalmente es que dos o más trabajadores de la misma empresa generen este derecho por el mismo sujeto causante, en cuyo caso la empresa podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Fuera de este supuesto, la empresa está obligada a conceder la excedencia solicitada. Es relevante, igualmente, la finalidad de la excedencia, que no es otra que poder asumir el cuidado y la atención de los familiares que generan el derecho, cuidado que no resulta compatible con la específica prestación laboral que viene prestando el solicitante de la excedencia.

A partir de estos presupuestos, se admite que la persona trabajadora pueda desempeñar, durante la excedencia, otra actividad profesional. Ahora bien, el respeto a la buena fe contractual, como principio que inspira y rige el entero contenido de la relación laboral y que subsiste durante los períodos de interrupción y suspensión de la relación laboral, determina que tal posibilidad esté limitada a aquellos supuestos en que la actividad profesional desarrollada por la persona trabajadora durante la excedencia resulte compatible, por horario, por distancia o por cualquier otra circunstancia, con la finalidad a que responde la excedencia. Así lo viene exigiendo la doctrina de suplicación que se decanta por entender que, "si bien la naturaleza de este tipo de excedencia tiene una finalidad específica consistente en posibilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, la prestación de servicios para otras empresas, que en principio pudiera parecer que se aleja de tal finalidad (dejar de prestar servicios en una empresa para llevarlos a cabo en otra), puede rodearse de circunstancias que permitan constatar que, a pesar de ello, el trabajador, en tal situación, le es más factible una adecuada conciliación de los planos familiar y profesional en la forma pretendida por la norma" (STSJ Andalucía/Sevilla, de 25 de junio de 2015, ECLI:ES:TSJAND:2015:5666). Nada se opone, en estos casos, a la legítima aspiración de la persona trabajadora en excedencia de obtener unos ingresos que sustituyan siquiera parcialmente a los que ha dejado de obtener precisamente por ejercer su derecho a la excedencia.

Confirmado el derecho a desarrollar una actividad profesional durante la excedencia por razones familiares en las condiciones señaladas, ninguna consecuencia negativa

puede derivarse de esta situación. El despido de la persona trabajadora por desarrollar tal actividad o la negativa a la reincorporación tras la finalización de la excedencia es injustificado y merecería la calificación de nulidad por atentar contra un derecho de conciliación, a pesar de lo cual algunos pronunciamientos lo califican únicamente como improcedente (STSJ Valencia, de 3 de mayo de 2018, ECLI:ES:TSJCV:2018:1968).

En relación con las prestaciones del sistema de Seguridad Social, nada impide que, si durante la situación de excedencia por cuidado de hijos o de familiares durante la cual se prestan servicios profesionales, se produce el nacimiento o adopción de un hijo la persona trabajadora acceda a la prestación por nacimiento o cuidado de hijo, incluso si la actividad que desarrolla durante la excedencia es por cuenta propia. El acceso a estas prestaciones está garantizado para la persona trabajadora que se encuentre en excedencia durante el tiempo considerado como de cotización efectiva (DA 4^a RD 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural) –que, conforme al art. 237 LGSS, son los tres años de excedencia por cuidado de hijos y el primer año en la excedencia por cuidado de familiares–. Por ello, no cabe entender que al desarrollar un trabajo por cuenta propia durante este tipo de excedencias la persona trabajadora ha dejado de estar en situación de excedencia por cuidado de hijos o de familiares y ha dejado, por tanto, de estar en situación asimilada al alta a efectos de las prestaciones por nacimiento y cuidado de hijos (STS de 10 de febrero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:708). Lo mismo cabría decir de la prestación de incapacidad temporal. Del mismo modo, se ha reconocido el acceso a la prestación de desempleo a una trabajadora en situación de excedencia por cuidado de hijos que, durante dicho periodo, prestó servicios para otra entidad y vio extinguido su contrato de trabajo (STSJ Madrid de 10 de junio de 2003, Rº 2637/2003, STSJ Andalucía/Granada de 4 de julio de 2019, ECLI:ES:TSJAND:2019:9883).

III. Derogación del permiso legal por nacimiento de hijos y efectos sobre los permisos convencionales por la misma causa

El permiso previsto en el art. 37.3.b) del Estatuto de los Trabajadores permitía al padre disfrutar de una licencia retribuida de dos días laborables, ampliables a cuatro en caso de necesidad de desplazamiento, por nacimiento de hijo. Se trata de un derecho que se mantuvo en vigor incluso cuando se reconoció al otro progenitor distinto de la madre el derecho a suspender su contrato de trabajo por paternidad. En estos casos, el trabajador disfrutaba su permiso retribuido con ocasión del nacimiento de su hijo y a continuación, o en un momento posterior, procedía a la suspensión de su contrato de trabajo por paternidad.

El RDL 6/2019 suprimió, con efectos de 8 de marzo de 2019, el permiso por nacimiento. La razón, aunque no se explicita en la norma, es sin duda la nueva regulación que se da a la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento y cuidado de hijos. En la actualidad, en caso de parto, tanto la madre como el otro progenitor tienen derecho a suspender su contrato de trabajo, y obligatoriamente ambos progenitores han de disfrutar de

una parte de dicha suspensión (seis semanas) inmediatamente a continuación del parto. De esta forma, pierde sentido el permiso retribuido por nacimiento, vinculado con el momento en que se produce este acontecimiento. Además, se superpondría en el tiempo con la suspensión por nacimiento y cuidado de hijos.

Esta nueva situación plantea, sin embargo, la duda de qué ocurre con las previsiones que, al respecto, acostumbran a incluir los Convenios colectivos. Es frecuente que los convenios recojan expresamente el permiso retribuido por nacimiento de hijo que contemplaba el Estatuto de los Trabajadores e incluso mejoren su regulación ampliando el número de días de licencia. El problema es si, una vez eliminado el citado permiso del Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores tienen derecho a seguir disfrutando de las licencias retribuidas que, por esta misma causa, les reconoce el Convenio colectivo.

Hay ya algunos pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión. La SAN de 29 de noviembre de 2019, ECLI:ES:AN:2019:4478) reconoció el derecho de los trabajadores a disfrutar del permiso por nacimiento en los términos previstos en el Convenio colectivo aplicable (cuatro días ampliables a seis) apelando, por una parte, al carácter de regulación mínima de los permisos regulados en el art. 37.3 ET y a la posibilidad de que por Convenio colectivo se mejoren dichas previsiones, y, por otra, a la diferente naturaleza del permiso y de la suspensión del contrato de trabajo.

La STS de 27 de enero de 2021 (ECLI:ES:TS:2021:326), por su parte, declara inaplicable el permiso reconocido en el Convenio colectivo. Las razones para alcanzar esta solución son, por una parte, de carácter general. Se señala, en este sentido, que la supresión del permiso deriva de la equiparación de la duración de la suspensión del contrato por nacimiento de hijo reconocido a la madre y al otro progenitor y que la inmediatez de la suspensión del contrato respecto del nacimiento deja sin espacio al permiso por esta misma causa. Por otra, razones específicas, referidas a la cláusula del convenio colectivo que reconocía el permiso. Al respecto, el convenio preveía expresamente que el permiso debía disfrutarse “desde la fecha en que se produzca el parto”, previsión que no es conciliable ni compatible con las previsiones legales sobre el comienzo de la suspensión del contrato de trabajo por nacimiento.

Ciertamente, esta sentencia del Tribunal Supremo -dictada en un procedimiento de conflicto colectivo- no fija doctrina general. Pero sí contiene argumentos válidos con carácter general para cualquier previsión convencional sobre el permiso por nacimiento de hijo.

En principio, la desaparición de la expresa previsión legal de dicho permiso no es, en sí misma, un obstáculo para que los convenios colectivos mantengan su regulación. Una de las finalidades de la negociación colectiva es mejorar las condiciones laborales de los trabajadores y, a tales efectos, el convenio puede diseñar nuevos supuestos que generen derecho a permisos retribuidos sin necesidad de contar con una previa delimitación legal de los mismos. La negociación colectiva ofrece numerosos ejemplos de circunstancias no previstas legalmente que dan derecho a licencias retribuidas.

Sin embargo, difícilmente podría diseñarse en los convenios colectivos un permiso que atendiera a la finalidad y función que tenía el permiso por nacimiento del art. 37.3 b) ET. Este estaba pensando, en un contexto en el que el otro progenitor distinto de la madre carecía del derecho a una suspensión por paternidad o nacimiento de hijo, para asistir a

la madre y atender al recién nacido. Por ello mismo, la configuración de este permiso lo concebía como un derecho cuyo ejercicio estaba estrechamente vinculado con el momento del nacimiento de tal manera que “es totalmente lógico estimar que el disfrute de estos permisos tiene que hacerse efectivo en el tiempo inmediatamente siguiente a aquél en que tuvo lugar el correspondiente nacimiento” (STS de 17 de enero de 2008, Rº 24/2007). Siendo obligatoria la suspensión del contrato desde el momento del nacimiento, resulta materialmente imposible conceder un permiso que debería disfrutarse simultáneamente, y cuya finalidad queda cubierta además por la suspensión por nacimiento y cuidado. Obviamente, ello no impide que el convenio diseñe un permiso *ad hoc* para su disfrute tras la suspensión del contrato, para uno o para ambos progenitores, con la finalidad de atender al cuidado del hijo. Pero en estos casos, como apunta la sentencia citada, es necesario “que la norma que lo establezca disponga expresa y claramente la posibilidad de ese disfrute tardío de la misma. Si tal norma no dice nada a tal respecto, no puede admitirse ni tener por válido este cumplimiento retrasado del permiso, pues es contrario, como se vio, a la verdadera naturaleza del mismo”.

IV. El alcance práctico del derecho a la adaptación de jornada por motivos de conciliación previsto en el art. 34.8 ET

Una de las principales novedades incorporadas por el RDL 6/2019 para favorecer la conciliación entre la vida familiar y la vida laboral de las personas trabajadoras ha sido, sin duda, la nueva regulación del derecho de adaptación de jornada contemplado en el art. 34.8 ET. Teniendo en cuenta las múltiples posibilidades que este precepto contempla -adaptaciones en la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de trabajo a distancia- y las condiciones que se exigen para el ejercicio de este derecho -las adaptaciones deben “ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa”- era previsible que, al amparo de este precepto, se suscitaran numerosos conflictos entre los intereses de los trabajadores y los de la empresa, cuya solución, una vez descartado el acuerdo entre las partes, terminara en sede judicial.

La realidad ha confirmado estas previsiones y existen ya pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión. En particular, hay numerosas sentencias de diversos Juzgados de lo Social, órganos jurisdiccionales que están jugando un importante papel en la delimitación del derecho a la adaptación de jornada, dadas las limitadas posibilidades de recurso de suplicación frente a las sentencias de primera instancia (art. 139.1.b LRJS). Pero la petición por los demandantes del resarcimiento de los daños y perjuicios derivados de la negativa empresarial a atender el ejercicio del derecho o la alegación de discriminación ha abierto la puerta a pronunciamientos dictados en suplicación a través de los que se va construyendo una doctrina judicial sobre el alcance de este derecho. Varios son los aspectos de interés que resultan de estos pronunciamientos judiciales.

Por una parte, en relación con la negociación entre las partes con vistas a resolver de forma consensuada la solicitud planteada por la persona trabajadora. Recuérdese que el art. 34.8 ET remite a la negociación colectiva la regulación de las condiciones de ejercicio de este derecho pero ese mismo precepto prevé que en ausencia de previsiones convencionales, “la empresa, ante la solicitud de adaptación de jornada, abrirá un proceso de negociación con la persona trabajadora durante un periodo máximo de treinta días”, al término del cual la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio, justificando en este último caso su decisión en razones objetivas. Aunque ciertamente la norma no prevé consecuencia alguna para el caso de inexistencia de negociación entre las partes, parece claro que el imperativo (“abrirá”) confirma la obligatoriedad de dicho periodo de negociación. Algunos Juzgados de lo Social han considerado que la falta de negociación puede ser motivo casi automático de estimación de la pretensión del trabajador (SJS Salamanca, de 9 de agosto de 2019, Proc. 545/19) y en suplicación se ha estimado también relevante a efectos del enjuiciamiento la negativa de la empresa a negociar (STSJ Madrid de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:8115; STSJ Galicia de 11 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5214). Sin embargo, hay también pronunciamientos que afirman que tal negociación constituye únicamente una “sugerencia” o “mera recomendación” de modo que la ausencia de negociación por cualquier de las partes trae como única consecuencia la necesidad de acudir al foro (STSJ Galicia de 5 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5689). Una propuesta interesante es la acogida en la STSJ Extremadura, de 13 de febrero de 2020 (ECLI:ES:TSJEXT:2020:324) en la que se señala que la falta de negociación “no puede determinar que se de la razón a ninguna de las dos partes, es decir que se estime íntegramente la demanda, como pretende la recurrente, ni que se desestime de la misma forma, como se ha hecho en la sentencia, sino que ha de darse a las partes la oportunidad, mediante ese “proceso de negociación” omitido, de llegar a un acuerdo y, si ello no fuera posible que lleven al proceso las propuestas que en él hayan podido efectuar, para que puedan ser consideradas adecuadamente”.

En segundo lugar, se ha precisado también el alcance de la previsión del art. 34.8 ET referida a que “En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años”. Se ha señalado, al respecto, que el hecho de tener un hijo menor de 12 años no exime a la persona trabajadora de acreditar la necesidad de adaptar su jornada en los términos que solicite como condición para conciliar su trabajo con la atención y el cuidado de su hijo. Y, además, que solo los hijos menores de dicha edad permiten la solicitud de adaptación de la jornada de modo que, en caso de hijos de doce o más años, se requerirá que estos tengan necesidades especiales o padecan una enfermedad grave (STSJ Galicia de 5 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5689).

Es reseñable igualmente la posición judicial que advierte sobre la necesidad de enjuiciar estos conflictos desde la perspectiva de la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre la necesidad de excluir del margen de apreciación judicial “la

ponderación de la incidencia de las particulares circunstancias familiares, y, por tanto, de la disponibilidad de tiempo para el cuidado del menor del otro progenitor en la adecuación y proporcionalidad de la medida de conciliación pretendida por el trabajador" poniendo límite a la práctica empresarial de requerir al trabajador, a efectos de valorar la concesión o no de la adaptación de la jornada, información sobre la situación de otros integrantes de la familia (STSJ La Rioja, de 8 de octubre de 2020, ECLI:ES:TSJLR:2020:425).

Finalmente, en cuanto a la negativa empresarial, que debe fundarse en razones objetivas, se ha rechazado que se deniegue la solicitud de adaptación de la jornada mediante la adscripción al turno fijo de mañana cuando simultáneamente la empresa está contratando trabajadores para dicho turno (STSJ Madrid de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:TSJM:2020:8115) o en un supuesto en el que la empresa no acredita las razones por las que se opone a la solicitud del trabajador ni la perturbación que su aceptación provocaría en el buen funcionamiento del servicio (STSJ Galicia, de 22 de septiembre 2020, ECLI:ES:TSJGAL:2020:5266). Pero se ha admitido que la empresa justifique su negativa en necesidades organizativas y en el perjuicio para el resto de trabajadores, máxime si ofrece alternativas a la propuesta de la solicitante (STSJ Asturias, de 28 de abril de 2020, ECLI:ES:TSJAS:2020:1045).

V. Derechos de conciliación, impacto en la retribución y discriminación por razón de sexo: ¿también si quienes concilian son los trabajadores varones?

Una de las cuestiones más controvertidas relacionadas con el ejercicio de los derechos de conciliación es la relativa a sus consecuencias sobre la retribución. En la doctrina judicial más reciente se han analizado, en particular, los efectos que las interrupciones o suspensiones del contrato por motivos de conciliación tienen sobre el cálculo del salario variable. Pero también se ha cuestionado la retribución que corresponde percibir a la persona trabajadora durante el ejercicio de los permisos retribuidos previstos en el art. 37.3 ET y, en concreto, si de tal retribución pueden excluirse determinados conceptos retributivos. Y, en fin, no ha quedado al margen de la decisión judicial la valoración que merecen las decisiones empresariales que perjudican la remuneración del trabajador que concilia cuando este es un trabajador varón.

Por lo que se refiere al salario variable, la práctica de excluir los períodos temporales correspondientes a interrupciones del contrato vinculadas con el embarazo o la maternidad biológica, -como son las incapacidades temporales vinculadas con el embarazo, las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de la madre biológica, o la suspensión por riesgo durante el embarazo o la lactancia-, se ha considerado nula por discriminatoria en la medida en que se trata de interrupciones de la prestación laboral vinculadas con el hecho biológico femenino y dotadas de una especial protección. El art. 8 LOIMH señala que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad" y el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la trabajadora que haya dado a luz o en período de lactancia se encuentra en una situación específica de vulnerabilidad que requiere que se le conceda un permiso

de maternidad”, debiendo considerarse tal permiso a favor de las trabajadoras embarazadas como “un medio de protección del Derecho social que reviste particular importancia”; al tener “por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de la mujer durante el embarazo y después de este, y, por otra parte, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto”.

En este sentido, la STS de 10 de enero de 2017 (Rº 283/2015) declaró nula la práctica empresarial consistente en computar como ausencias la baja maternal así como la baja por riesgo por embarazo y, por tanto, no considerarlas como días productivos para tener derecho a las retribuciones variables. El problema no se plantea, en estos casos, en relación con el periodo de suspensión -pues durante el mismo se percibe una prestación para cuyo cálculo sí se ha tomado en cuenta el salario variable-. El problema surge porque, tras la reincorporación desde estas situaciones se exigía a la trabajadora estar un mes en activo -y sin percibir el variable- para devengarlo y cobrarlo el mes siguiente. La doctrina de suplicación ha aplicado idéntica doctrina considerando que constituye discriminación por razón de sexo no computar, a efectos del cálculo del salario variable, los periodos en que las trabajadoras no prestan actividad por circunstancias vinculadas al hecho de la maternidad biológica, baja por maternidad por parto y bajas por riesgo durante el embarazo o la lactancia (STSJ Cataluña de 6 de abril de 2018, Proc. 7434/2017).

Pero también resulta discriminatoria la exclusión, a efectos de calcular la retribución variable, de los periodos de suspensión del contrato por ejercicio de derechos de conciliación, como puede ser el permiso por lactancia, la reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares o los permisos retribuidos con finalidad de atender el cuidado de hijos o familiares. En estos casos, se trataría de una discriminación indirecta en la medida en que una decisión o práctica aparentemente neutra, puesto que potencialmente afecta por igual a hombres y mujeres -en cuanto ambos son titulares de estos derechos-, pone a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores. Y ello teniendo en cuenta que son las mujeres las que de forma absolutamente mayoritaria siguen utilizando dichos permisos para atender el cuidado de hijos y familiares. La doctrina judicial ha considerado, en este sentido, que la merma de los incentivos por descontar el tiempo no trabajado a raíz del disfrute de estos permisos constituye una discriminación indirecta por razón de sexo (SAN de 11 de febrero de 2020, ECLI:ES:AN:2020:23 y SAN de 27 de abril de 2020, ECLI:ES:AN:2020:801, STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2018, Proc. 7434/2017).

Especial dificultad tiene la incidencia de una reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares en el cálculo de salarios variables vinculados a objetivos, resultados, productividad o cualesquiera otras condiciones que requieran una efectiva prestación de servicios. La conexión entre este tipo de reducción de jornada, el derecho a la conciliación y la discriminación indirecta por razón de sexo requiere que el cálculo del salario variable no suponga un perjuicio derivado del ejercicio de estos derechos. La solución en estos casos pasa por ajustar proporcionalmente los objetivos a la jornada real desarrollada por el trabajador que reduce su jornada por motivos familiares. Lo que no procede, al menos tal y como lo considera la SAN de 19 de febrero de 2020 (ECLI:ES:AN:2020:19) es mantener íntegro el importe del salario variable, que también deberá reducirse proporcionalmente.

Por lo que se refiere a la retribución de los permisos o licencias retribuidas previstas en el art. 37.3 ET, y asumiendo que es la negociación colectiva quien debe identificar qué conceptos retributivos deben incluirse en la remuneración de los permisos (STS de 6 de marzo de 2012, ECLI:ES:TS:2012:2088), el Tribunal Supremo ha señalado que, en aquellos permisos enumerados en el art. 37.3 ET vinculados directa o indirectamente con la conciliación, no pueden excluirse conceptos retributivos si ello supone una penalización del ejercicio de los derechos de conciliación y, por tanto, un efecto negativo sobre la corresponsabilidad. Es indiferente, a estos efectos, que la exclusión de un concepto salarial afecte por igual a cualquier trabajador, hombre o mujer, que disfrute del permiso, pues ya se sabe que la prohibición de discriminación alcanza no solo a las discriminaciones directas, sino también a las indirectas, entendiendo por tales aquellas situaciones en las que “una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de una sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

De este modo, determinados conceptos retributivos, que podrían excluirse de la remuneración a percibir durante el disfrute de algunos de los permisos o licencias retribuidas previstas en el art. 37.3 ET, deberán necesariamente incluirse en la retribución cuando se trata de permisos vinculados con la conciliación (STS 3 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:4284). Tales permisos son los correspondientes a: 1º) accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y 2º) ausencia por tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad.

Finalmente, cuando son los hombres quienes ejercen los derechos de conciliación y corresponsabilidad, la cuestión que se suscita es si estos trabajadores deben ser también protegidos frente a decisiones empresariales que les perjudiquen en su desarrollo profesional o en el contenido de su relación laboral como consecuencia del ejercicio de tales derechos. Y, en su caso, cómo y sobre qué argumentos debe articularse esa protección.

Está claro que no cabe, en estos casos, apelar a la discriminación por razón de sexo que afecte directamente a los trabajadores. Como el Tribunal Constitucional ha afirmado “el cuidado de los hijos no ha sido una función históricamente impuesta a los varones, por lo que no ha supuesto la imposición de dificultades específicas al hombre para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo, a diferencia de lo sucedido en el caso de las mujeres” (STC 26/2011, de 14 de marzo).

Pero ello no impide valorar que tales actuaciones empresariales, en la medida en que limiten, dificulten u obstaculicen el ejercicio por los varones de sus derechos de conciliación, pueden suponer una discriminación por razones familiares en cuanto que menoscaban la conciliación de la vida familiar y laboral de estos trabajadores (STC 26/2011,

de 14 de marzo). El impacto de estas decisiones sobre la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres es también evidente. Esta prohibición impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Una decisión o práctica empresarial que perjudique a los hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación puede desincentivar el uso por los trabajadores de los permisos, reducciones de jornada o suspensiones por razones familiares y, por tanto, contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental. Son actuaciones que, por tanto, discriminan de forma indirecta a las mujeres en cuanto ahondan en el reparto tradicional de papeles en materia de cuidados y responsabilidades domésticas.

La STS de 23 de septiembre de 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2983) ofrece un interesante ejemplo sobre esta cuestión. La sentencia se enfrenta a una normativa empresarial que, a efectos de cuantificar la retribución variable, excluía los períodos de suspensión del contrato por paternidad -a pesar de que sí se computaban los correspondientes a la maternidad y al riesgo durante el embarazo-. El Tribunal recuerda que la finalidad del permiso de paternidad (actualmente, permiso por nacimiento y cuidado de hijos) responde a la misma finalidad que la suspensión por maternidad, al menos en lo que excede de las primeras seis semanas obligatorias en caso de parto -que responden, en el caso de las madres trabajadoras, al objetivo de proteger su salud-. Tal finalidad no es otra que la de atender al cuidado y atención del hijo, teniendo en cuenta que el permiso de paternidad atiende, además, al objetivo de fomentar un reparto más equitativo de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres y permitir que se cree un vínculo temprano entre padres e hijos.

Desde esta perspectiva, el Tribunal advierte que cualquier regulación que fomente "la dedicación exclusiva o prioritaria de la mujer a las tareas domésticas y la exclusión del hombre de las mismas" la convertiría en jurídicamente inadmisible. Y eso es lo que ocurre con una práctica como la cuestionada: excluir los períodos de paternidad del cómputo de un determinado concepto retributivo puede desincentivar a los hombres que tuvieran intención de disfrutar de dicha suspensión y, en esa medida, perjudicar el objetivo de la efectiva igualdad entre mujeres y hombres.

Así pues, en la medida en que un determinado acuerdo o una práctica empresarial suponga un obstáculo o desincentivo al ejercicio por los trabajadores varones de los derechos de conciliación, tal decisión será nula en cuanto contribuye a la perpetuación de la posición de la mujer como única responsable de las tareas domésticas y del cuidado y atención de los hijos y, en esa medida, supone, para las trabajadoras, una discriminación indirecta por razón de sexo.

Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (de 1/9/2019 a 31/8/2020)

Chronicle of the European case law on equality (from 1/9/2019 to 31/8/2020)

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.2021.6144>

* El texto original en francés se publicó en *Journal de Droit Européen*, 2020, pp. 415 y ss. La crónica comprende decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal General de la Unión Europea. También incluye decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) y en esta ocasión también del Comité Europeo de Derechos Sociales. Si usted desea realizar comentarios, los puede enviar a jean.jacqmain@ulb.ac.be.

** De la Parte I “igualdad de género”, ha traducido los epígrafes 5 “protección de la maternidad”, 6 “permiso parental”, y “apéndice: el acceso a bienes y servicios”; 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 retributiva”, 2 “igualdad en los regímenes profesionales de seguridad social”, 3 “igualdad en las condiciones de trabajo”, y 4 “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”, y 5 “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 2019 hasta el 31 de agosto de 2020 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, el Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA) y el Comité Europeo de Derechos Sociales.

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, 2019 until August 31, 2020 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, the Court of Justice of European Free Trade Association (EFTA) and the European Committee of Social Rights.

Keywords: Court of Justice of the European, European Court of Human Rights, Principle of equal treatment and opportunities.

I. IGUALDAD ENTRE TRABAJADORES MASCULINOS Y FEMENINOS

Legislación. Sin novedades legislativas.

Jurisprudencia. En cuanto a la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea vuelve, en un número limitado de asuntos, sobre ciertas cuestiones, algunas incluso ya antiguas. Otras jurisdicciones europeas ofrecen complementos adicionales a la Corte de Luxemburgo; en ocasiones son complementos no esperados.

1. Igualdad retributiva

1.1. Auto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 15 de octubre de 2019, O H y E R, C-439/18 Y C-472/18 acumulados

En general, el trabajo a tiempo parcial se puede realizar de dos maneras: horizontal (todos los días) o vertical (solo en determinados días o períodos). Derivar consecuencias adversas para las personas empleadas en cualquiera de los dos regímenes conduce inevitablemente a reproches de discriminación, que pretende impedir el Acuerdo Marco Europeo de 6 de junio de 1997 (Directiva 97/81/CE). Así, en un caso que atañía a la tripulación de cabina de la aviación civil italiana, el Tribunal de Justicia¹, sin implicar la dimensión de género, había decidido que una diferencia de trato no estaba justificada. Se trataba en ese caso del cálculo de la remuneración utilizada como base para la pensión de jubilación; de ahí que el Tribunal de Justicia tuviera ciertas dificultades para demostrar su naturaleza profesional y que guardaba relación con el Acuerdo Marco.

¹ Sentencia del TJUE de 10 de junio de 2010, Bruno y Pettini, C-395/08 y C-396/08, asuntos acumulados.

Más recientemente, un Juzgado de lo Social de Barcelona ha obtenido sucesivamente del Tribunal de Justicia la constatación de discriminación indirecta contra la mujer, primero en el ámbito de la pensión de jubilación², y después en el del desempleo³; estas prestaciones que eran incuestionablemente legales escapaban del Acuerdo Marco, pero sí están previstas en la Directiva 79/7/CEE, regímenes legales de Seguridad Social.

A su vez, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia se ha dirigido al Tribunal de Justicia en relación con dos trabajadoras que son personal laboral de la Agencia Tributaria: en el asunto de que se trata, la cuestión es el cálculo de la antigüedad en el servicio que da derecho a trienio, como complemento de la remuneración; así definido, el objeto del litigio permite combinar el Acuerdo Marco con la Directiva 2006/54/CE.

En el supuesto de hecho se trata de un tiempo parcial vertical, y a este régimen es al que el convenio colectivo aplicable le vincula el cálculo de la antigüedad según los servicios realmente prestados, y no según la duración de la relación laboral como sucede en el supuesto del personal a tiempo completo. Así pues, una aplicación tan mecánica del principio *pro rata temporis* conduce a una doble penalización, puesto que la remuneración ya es proporcional a las prestaciones de servicios, como lo ha observado el Tribunal en Espadas Recio; es más, la cláusula 4.2 del Acuerdo Marco solo recomienda la aplicación de principio *pro rata* cuando resulta apropiado.

De la misma manera que los jueces catalanes, los gallegos han recopilado cuidadosamente las estadísticas⁴ que prueban la presencia mayoritaria de mujeres en la categoría del trabajo a tiempo parcial vertical en la Agencia Tributaria. El Tribunal de Justicia solo ha necesitado un Auto para fallar que la cláusula 4 del Acuerdo Marco y el artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE se oponen a las disposiciones cuestionadas⁵.

Véase, además, *infra*, la Sentencia Schuch-Ghannadan.

1.2. Decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales de 6 de diciembre de 2019, Reclamaciones nº 124/2016 a 138/2016, University Women of Europe vs. Noruega e.a.⁶

Ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, la organización *University Women of Europe* presentó reclamaciones colectivas contra catorce Estados Miembros de la Unión Europea y contra Noruega, invocando, en lo relativo a la igualdad de género, diversas violaciones de la Carta Social Europea revisada. Con la excepción de Suecia, el Comité ha con-

² Sentencia del TJUE de 22 de noviembre de 2012, Elbal Moreno, C-385/11; 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. Véase también la Sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2019, Villar Láziz, C-161/18; Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)”, *Femeris*, Vol. 5, nº 2, pp. 242-243.

³ Sentencia del TJUE de 9 de noviembre de 2017, Espadas Recio, C-98/15; Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)”, *Femeris*, Vol. 4, nº 2, pp. 195-196.

⁴ Gracias al sentido escrupuloso de la publicidad del servicio público del que da ejemplo la Agencia Tributaria concernida en el caso, que ofrece en su sitio web los datos cuantitativos relativo a su personal.

⁵ En consecuencia, el TJUE ha podido aplicar la radiación de la doctrina a dos asuntos similares, también provenientes del TSJ de Galicia: S J, C-705/18, y R K, C-85/19 (Autos de 17 de septiembre de 2019).

⁶ Publicadas las 16 Decisiones el 29 de junio de 2020 (accesibles en www.hudoc.esc.coe.int).

cluido que cada Estado incumplía una o varias disposiciones de la Carta, principalmente los artículos 4.3 (derecho a una igual remuneración entre hombres y mujeres, remuneración igual para trabajo de igual valor) y 20.c) (igualdad de género: remuneración). En particular, las recomendaciones del Comité se refieren a menudo a la ausencia de transparencia salarial, lo que daría peso a la Recomendación 2014/124/UE de 7 de marzo de 2014⁷, que la Comisión Europea ha consagrado a esta cuestión.

2. Igualdad en los regímenes profesionales de seguridad social

2.1. Sentencia del tribunal de justicia de la unión europea de 7 de octubre de 2019, safeway ltd, c-171/18

Hace ya 30 años, el Tribunal de Luxemburgo, en el asunto Barber⁸, establecía que las prestaciones generadas en virtud de un régimen profesional de jubilación (incluso las del sistema británico contractualizado que sustituye al régimen legal) se incluían en la noción de remuneración (artículo 119 CEE, después 141 CE, hoy 157 TFUE); de modo que la edad de acceso a la pensión profesional de jubilación no podía ser diferente por razón de sexo, incluso si estaba así dispuesto en el régimen legal. Cediendo a las presiones de las compañías aseguradoras y fondos de pensión, el TJUE había aceptado, sin embargo, limitar en el tiempo el alcance de la sentencia. Una avalancha de procesos y cuestiones prejudiciales lo obligaron enseguida a precisar su análisis⁹, pero la controversia se fue calmando poco a poco, de suerte que, salvo omisión, no se ha vuelto a ver citada la doctrina Barber ante el Tribunal de Justicia en los últimos dieciséis años¹⁰.

Habrá que creer que todavía falta un elemento. Como consecuencia de Barber, la empresa Safeway había anunciado desde 1991 a todas las personas beneficiarias de su régimen de pensión que iba a hacer efectivo el principio de igualdad entre hombres y mujeres, para lo que fijaba los 65 años como la edad uniforme de acceso a la prestación. El Derecho de la Unión no se opone en principio¹¹ a una igualación hacia abajo. No obstante, esta intención no se concretó sino hasta 1996, mediante una modificación del Reglamento de pensión *trust* cuyos efectos se retrotraían hasta 1991, como autoriza la legislación nacional. De ahí que se produjo un litigio referido al periodo 1991-1996, y la Corte de apelación inglesa planteó una consulta al TJUE.

Como propone el Abogado General E. Tanchev, el Tribunal de Luxemburgo recuerda su jurisprudencia constante¹² según la cual, durante el periodo de tiempo en que una

⁷ Recomendación 2014/124/UE de 7 de marzo de 2014 sobre el refuerzo del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres a través de la transparencia, DOCE, L 69, de 8 de marzo de 2014.

⁸ Sentencia del TJUE de 17 de mayo de 1990, Barber C-262/88.

⁹ STJUE 6/10/1993, Ten Oever, C-109/91; STJUE 14/10/1993, Moroni, C-110/91; STJUE 9/11/1993, Birds Eye Walls Ltd, C-132/91; STJUE 22/12/1993, Neath, C-152/91; STJUE 28/9/1994, Coloroll, C-200/91; STJUE de 28/9/1994, Avdel Systems, C-408/92; STJUE de 28/9/1994, Van dem Akker, C-28/93; STJUE de 28/9/1994, Vroege, C-57/93; STJUE de 28/9/1994, Caso Fisscher, C-128/93.

¹⁰ Sentencia de 9 de diciembre de 2004, Hlozek, C-19/02.

¹¹ Así, la Sentencia del TJUE (citada) de 28 de septiembre de 1994, Coloroll, asunto C-200/91.

¹² Así, la Sentencia del TJUE (citada) de 28 de septiembre de 1994, Avdel Systems, C-408/92.

discriminación no es eliminada, el grupo desfavorecido debe disfrutar del tratamiento de grupo favorecido (igualación hacia arriba; aquí, acceso a los 60 años como las mujeres). El artículo 119 CEE (aplicable en la época de los hechos) se opone a una medida de igualación inversa con efecto retroactivo a ese periodo de tiempo; incluso si la legislación nacional lo autoriza. Como es una discriminación directa basada en el sexo, hay que inquietarse al constatar el inciso “en ausencia de una justificación objetiva” que el Tribunal explicita (Punto 43) invocando un imperativo de interés general que consistiría en el equilibrio financiero del régimen de pensión puesto en cuestión, y citando una doctrina jurisprudencial relativa a la libre circulación de trabajadores¹³.

2.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 noviembre de 2019, Comisión c. Polonia, C-192/18.

El año pasado, el Tribunal de Justicia había declarado¹⁴ fundada la acción por incumplimiento interpuesta por la Comisión contra Polonia. La bajada de la edad legal de jubilación para los magistrados de la Corte Suprema polaca, acompañada de la posibilidad de derogación dejada al uso discrecional por el Jefe del Estado, se había juzgado contraria al artículo 19.1 del TFUE, en cuanto este sistema resulta ser atentatorio contra la inamovilidad de los jueces y la independencia de la magistratura.

Esta primera medida solo afectaba a los miembros de la Corte Suprema. Una ley similar, referida al conjunto de las jurisdicciones y órganos vinculados y atribuyendo la autorización de excepciones al Ministro de Justicia, ha sido objeto de un nuevo recurso de la Comisión, que se resuelve con la misma motivación en la Sentencia, que ahora se comenta, de 5 de noviembre de 2019¹⁵. Como en el anterior caso, la retirada *in extremis* de la legislación denunciada no ha impedido el pronunciamiento del tribunal, a la vista de la importancia del incumplimiento respecto de los principios del Estado de Derecho.

Además, en este segundo recurso de incumplimiento, la Comisión había presentado otra queja (que es la que ahora nos interesa): la edad uniforme de 67 años se había bajado a 65 años para los hombres y a los 60 años para las mujeres. Dado que el Gobierno polaco sostenía que el régimen cuestionado era legal y se inscribía en la Directiva 79/7/CEE, el Tribunal se remite a su jurisprudencia constante¹⁶ para establecer que era profesional; de ahí que la discriminación de género, prohibida por el artículo 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE, es manifiesta. El Gobierno polaco intentó justificar la diferencia como una acción positiva para las mujeres -que ni siquiera autoriza la Directiva 79/7/CEE que invoca¹⁷. El Tribunal,

¹³ Así la Sentencia del TJUE de 7 de marzo de 2018, D W, C-651/16; Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)”, Femeris, Vol. 4, nº 2, p. 201.

¹⁴ Sentencia del TJUE de 24 de junio 2019, Comisión c. Polonia, C-619/18; Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)”, Femeris, Vol. 5, nº 2, pp. 253-254.

¹⁵ Esta decisión y la precedente han encontrado su proyección en otra Sentencia de 19 de noviembre 2019, A K *et alii*, C-585/18, C-624/18 y C-625/18, referidas a cuestiones prejudiciales acumuladas.

¹⁶ Desde la Sentencia del TJUE de 28 de noviembre de 1994, Beune, C-7/93.

¹⁷ Véase la Sentencia del TJUE de 21 de noviembre 1990, Integrity, C-373/89.

siguiendo al Abogado General E. Tanchev, refuta el argumento: la acción positiva pretende ayudar a las mujeres a compensar las desventajas que suben en sus carreras profesionales, pero no pretende que estas terminen más rápidamente¹⁸.

3. Igualdad en las condiciones de trabajo

3.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de octubre de 2019, Schuch-Ghannadan, C-274/18.

Las prácticas de empleo del personal científico en las universidades austriacas han dado lugar a un litigio en forma de partida de billar entre tres directivas de la Unión europea.

De conformidad con el principio, inscrito en el Acuerdo Marco sobre contratos de duración determinada (Directiva 1999/70/CE), según el cual esta modalidad de contratación debe permanecer tan limitada como sea posible, la legislación nacional sobre universidades fija en seis años el periodo máximo durante el que se pueden suceder contratos de duración determinada, o de ocho años en caso de prestaciones a tiempo parcial. Cuando medie una justificación objetiva ligada a la naturaleza del contrato, el límite temporal se puede extender a diez años, o doce en caso de tiempo parcial.

Habiendo estado empleada durante un total de once años por la Facultad de Medicina de Viena, hasta la expiración de su último contrato, una investigadora sostiene que si hubiera estado contratada a tiempo completo su contrato se habría convertido en indefinido (por sobrepasar el máximo de 10 años), y que el periodo suplementario de dos años admitido por la ley resulta, respecto de los trabajadores a tiempo parcial, en una discriminación contraria al Acuerdo Marco en esta materia (Directiva 97/81/CE).

Mas allá aún, afirma que la discriminación directa así enunciada se refuerza con otra, una indirecta, respecto de las mujeres, contraviniendo la Directiva 2006/54/CE.

En el centro de este litigio complejo, el *Arbeits und Sozialgericht* (Tribunal Laboral y Social) de Viena somete estas dos cuestiones al Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

Aunque el Abogado General G. Pitruzzella consideraba que era preciso, en primer lugar, confrontar la legislación austriaca cuestionada con la Directiva 1999/70/CE, el Tribunal de Justicia constata que las cuestiones prejudiciales no la citan, y que, por lo tanto, no se ha de examinar tal instrumento normativo al resolver la cuestión prejudicial.

En cuanto a la Directiva 97/81/CE, el Tribunal de Justicia declara que la cláusula 4.1 del Acuerdo Marco se opone al régimen de duración suplementaria autorizada por la legislación austriaca a menos que haya justificaciones objetivas que admite esa cláusula y que corresponde a la jurisdicción nacional verificar. En particular, siguiendo al Abogado General, el apartado 2 que consagra el principio *pro rata temporis* "cuando sea

¹⁸ El tribunal había presentado la misma refutación en la Sentencia de 17 de julio de 2014, M. y B. Leone, C-173/13; 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. 17-18.

apropiado”¹⁹ no se aplica puesto que los suplementos de duración no son proporcionales a los períodos de prestación de servicios. Durante el procedimiento, el Gobierno austriaco no ha hecho valer más que el argumento de que la experiencia se adquiere de modo menos rápido a tiempo parcial que a tiempo completo; esto resulta totalmente incongruente respecto de una investigadora que ha prestado servicios durante once años; y también se debe recordar que el Tribunal ya había refutado este argumento en los asuntos referidos a la contratación por los servicios públicos alemanes²⁰.

Por último, el Tribunal de Justicia admite la eventualidad de una discriminación indirecta de género, contraria al artículo 2.1.b) de la Directiva 2000/54/CE, con los requisitos habituales de verificación de las justificaciones que sometiera el gobierno. Una vez más, el Tribunal deja pasar la ocasión de conciliarse con la definición de discriminación indirecta por razón de sexo actualmente inscrita en la Directiva (“desventaja particular respecto de las personas de un sexo, en relación con las del otro”), insistiendo en la cuestión del impacto adverso constatado estadísticamente, lo que en el caso le viene dado pues las cuestiones prejudiciales ya alegaban la disparidad en el número de trabajadores y trabajadoras afectados por el trabajo a tiempo parcial.

Sin embargo, sí hay que alegrarse de una concesión inesperada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la interpretación del artículo 19.1 de la Directiva, que es la norma relativa a la carga de la prueba: la parte que se considera víctima de una discriminación indirecta y que tiene la carga de presentar dicha apariencia, no tiene la obligación de presentar ni hechos ni datos estadísticos a los que le resulta difícil o imposible acceder. Tal indulgencia solo ha precisado 26 años para manifestarse²¹.

Véase, además, *infra*, el Auto *O H y E R*.

4. Igualdad en los regímenes legales de seguridad social

4.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 12 de diciembre de 2019, WA²², C-450/18.

Cabe recordar sin mucho esfuerzo que las ventajas de pensión reservadas a las mujeres acechan desde hace veinte años²³ al régimen francés de jubilación del funcionariado, analizado por la Corte de Luxemburgo como profesional e integrado en el concepto de retribución (artículo 157 TFUE). En términos bastante similares, pero en materia de un régimen legal de pensión, se ha sometido de nuevo la cuestión al Tribunal de Justicia.

¹⁹ Para una exploración magistral de esta noción, véanse las conclusiones de la Abogada General E. Sharpston referidas a la Sentencia de 5 de noviembre de 2014, *Österreichischer Gewerkschaftsbund*, C-476/12; Jean Jacqmain “Crónica 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. 17-18.

²⁰ Sentencias del TJUE de 2 octubre de 1997, *Gerster*, C-1/95, y *Kording*, C-100/95.

²¹ Compárese con la Sentencia de 30 de noviembre 1993, *Kirsammer-Hack*, C-189/91.

²² Por razones de anonimización, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atribuye a las personas físicas iniciales elegidas aleatoriamente, lo que explica la aparición de letras que no son usualmente empleadas en el país concernido; como aquí la W (salvo que se trate de un nombre extranjero).

²³ La última peripécia fue la Sentencia M. y B. Leone, citada *supra*, nota 18.

En España, la Ley General de la Seguridad Social concede un suplemento de prestación (de jubilación, muerte y supervivencia o incapacidad permanente) a las mujeres que han tenido al menos dos hijos biológicos o adoptados. Con derecho a pensión de incapacidad, un trabajador varón que reunía esos requisitos solicita el complemento, y el organismo competente rechaza la solicitud. Presenta demanda ante el Juzgado de lo Social 3 de Girona y después muere. Su viuda continua el procedimiento, cuyo objeto se limita al valor del complemento discutido hasta la fecha del fallecimiento. El Juzgado interroga a la Corte sobre la adecuación de la norma española al derecho de la Unión.

Ayudado por el análisis minucioso del Abogado General M. Bobek, el tribunal establece en primer lugar, que, contrariamente a la formulación de la cuestión prejudicial, el litigio no cabe inscribirlo en el artículo 157 TFUE ni en la Directiva 2006/54/CE, sino en la 79/7/CEE, cuyo artículo 4.1 prohíbe la discriminación de género en los regímenes legales de pensión. El Gobierno español alega la excepción inscrita en el apartado 2, que se refiere a "la protección de la mujer por razón de su maternidad". Sin embargo, la disposición nacional contestada exige que la trabajadora beneficiaria haya tenido al menos dos hijos (eventualmente adoptados) sin establecer ninguna relación con las pruebas físicas y profesionales que implica la maternidad; y la justificación proporcionada por la Ley General de la Seguridad Social, "respecto a su contribución demográfica a la seguridad social" se aplicaría también a un padre.

Por su parte, el artículo 7.1.b) de la Directiva autoriza a los estados miembros a excluir del campo de transposición "las ventajas acordadas en materia del seguro de vejez a las personas que han criado hijos". Esta facultad no había sido evocada ante el Tribunal que anteriormente la había aplicado con unos límites estrechos²⁴, pero, en el supuesto del litigio, basta observar que la disposición española no requiere que la persona los haya criado, sino solamente que los haya tenido. La Directiva 79/7/CEE se opone entonces a una disposición interna constitutiva de una discriminación directa contra los hombres²⁵.

5. Protección de la maternidad

5.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de septiembre de 2019, Dakneviciute, C-544/18

Hace seis años (STJUE de 19/06/2014, Saint Prix, C-507/12), el Tribunal de Justicia había respondido al Tribunal Supremo del Reino Unido que a los ojos del artículo 45 del

²⁴ Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2013, Soukupová, C-401/11; comentada por 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, pp. 9-10. Sobre esta temática, véase también la Sentencia de 17 de febrero de 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Andrle v. República Checa, Appl. no 6268/08; comentada por Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad de género (de 1/9/2010 a 31/8/2011)", Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, número 29, 2011, pp. 8-9.

²⁵ En consecuencia, el Tribunal de Justicia ha podido proyectar la doctrina de dos asuntos similares en el Auto de 4 de febrero de 2020, K A, C-811/18, y en el Auto de 5 de marzo de 2020, L J, C-861/19.

TFUE (libre circulación de trabajadores asalariados), una francesa empleada en el Reino Unido que había interrumpido su actividad durante los últimos meses de un embarazo difícil y los primeros seguidos al nacimiento, no perdía la calidad de trabajadora asalariada en el sentido de la Directiva 2004/38/CE (libre circulación de ciudadanos de la Unión). Por ello, la trabajadora tenía derecho a una prestación de seguridad social destinada a cubrir tales situaciones. Nos habíamos cuestionado entonces si es que no éramos demasiado ingenuos por sorprendernos de que aún pudiera resultar necesario dar respuesta a una tan elemental cuestión prejudicial²⁶.

La respuesta a nuestra cuestión es que sí que éramos demasiado ingenuos pues el *Upper Tribunal* (Cámara de apelaciones de la Administración del Reino Unido) ha sometido recientemente a la Corte de Justicia un caso muy similar, aunque es verdad que con algunos elementos de hecho diferenciales. Una lituana que trabajaba por la noche como asalariada abandona su empleo porque está embarazada y se instala como esteticista autónoma. Después del permiso de maternidad durante el cual recibió la prestación de seguridad social *ad hoc*, la trabajadora intenta retomar su actividad autónoma, pero, al constatar que le proporcionaba pocos ingresos, la abandona, y finalmente retorna a un empleo asalariado. Mientras tanto, había solicitado una prestación por hijo a cargo, que le es denegada.

Con referencia a su asunto previo (STJUE de 19/06/2014, Saint Prix, C-507/12), el Tribunal de Justicia ofrece una respuesta idéntica, aunque esta vez interpreta el artículo 49 TFUE (libre circulación de trabajadores autónomos) y cita el considerando 18 del preámbulo de la Directiva 2010/41/UE, relativa a la igualdad de género en el trabajo por cuenta propia, en el cual se subraya la vulnerabilidad económica y física que entraña el embarazo.

5.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2019, WN contra Parlamento, T-431/18

El despido de la asistente parlamentaria acreditada de un parlamentario europeo ha desembocado en un litigio ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en un aspecto esencial, aparece poco convincente. En virtud del RAA (que es el Régimen Aplicable a otros Agentes de la Unión europea que aquellos que caen dentro del Estatuto de la Función Pública), el parlamentario había solicitado el despido en razón de una ruptura de confianza debido a varias faltas profesionales. La autoridad que, en nombre del parlamento, realiza las contrataciones, había solo verificado que el motivo justificaba la ruptura del contrato. El Tribunal de Justicia considera que los alegatos de la demandante carecen de fundamento.

No obstante, la interesada había solicitado la aplicación del procedimiento previo de conciliación previsto por el RAA y comunicado su embarazo a la conciliadora, la cual había creído necesario mencionarlo en la reunión. Así fue como el parlamentario recibió la in-

²⁶ Comentario de la STJUE de 19 de junio de 2014, Saint Prix, C-507/12, 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, p. 21.

formación sobre esta circunstancia, y la forma en que reaccionó ante ella varió mucho de una versión a otra. Según la demandante, el parlamentario habría dicho que el embarazo “violó sus derechos fundamentales” (de él). El Parlamento, partido de oposición, se refirió al acta de la reunión, en la que señaló que el parlamentario estaba “muy sorprendido” (¿de qué?); pero, por otro lado, no se discute que este tuvo una “reacción negativa” y realizó “comentarios inapropiados”.

En esencia, la demandante extrae de esta peripecia un motivo relacionado con la discriminación de género. La base para esto (artículos 21 y 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, la Directiva 2006/54/CE, la suficiencia de las disposiciones del RAA) no es tema de largos debates. Pero el Tribunal cita un precedente reciente²⁷ al afirmar que “el mero embarazo de un agente” (énfasis nuestro: ¿en serio?) no permite la presunción de discriminación; se deben aportar más pruebas. Dado que el parlamentario desconocía el embarazo cuando realizó su solicitud, las razones que ofreció en apoyo de la misma no guardan relación alguna con el embarazo.

He aquí la debilidad principal de la sentencia. Según el RAA, es la autoridad competente quien decide el despido avalando los motivos presentados por el parlamentario. Sin embargo, durante la reunión de conciliación, ¿añadió o no un motivo, consistente en el embarazo, a los que había planteado en su solicitud? Esta cuestión hubiera debido ser estudiada mucho más de cerca por el Tribunal.

6. Permiso parental

6.1. *Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 septiembre de 2019, Ortiz Mesonero, C-366/18*

Empleado en una empresa y casado con una abogada, un trabajador español desea una adaptación de su régimen de trabajo a fin de ocuparse de sus dos hijos pequeños. El Estatuto de los Trabajadores confiere, por tal motivo, el derecho a una reducción de la jornada de trabajo acompañado de una disminución proporcional de la remuneración, pero en este caso si el empleador accedía a sacar al trabajador del régimen de tres turnos alternos y asignarlo al único turno de mañana, ni se produciría reducción de la jornada laboral ni reducción de la retribución. El empleador se negó y surgió una disputa ante un Juzgado de lo Social de Madrid. Observando que casi el 24% de las trabajadoras y solo el 2% de los trabajadores reducen su tiempo de trabajo debido a sus responsabilidades familiares, el Juzgado invitó al Tribunal de Justicia a aclarar el impacto de la Directiva 2006/54/CE, pero también la 2010/18/UE relativa al permiso parental.

El Tribunal de Justicia responde rápidamente que, si la situación litigiosa resultaba una discriminación indirecta contra las mujeres, no se veía qué desventaja particular su-

²⁷ Sentencia del TJUE de 26/10/2017, HB vs. Comisión, T-706-IGP; véase Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)”, Femeris, Vol. 5, nº 2, p. 200.

friría un trabajador masculino. Se evita así profundizar el estudio de una curiosa paradoja (una persona que pertenece a la categoría favorecida es tratado como las que se integran en la perjudicada) y el Tribunal parece que no quiere volver a sus sugerentes consideraciones sobre la discriminación indirecta emitidas en CHEZ (STJUE de 16 de julio de 2015, C-83/14).

Además, la modalidad controvertida de régimen del tiempo de trabajo no se corresponde con ninguna de las previsiones del acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y, por tanto, no parece aplicable la Directiva 2010/18/UE. Por tanto, el Tribunal de Justicia concluye que el objeto del litigio es ajeno a dicha Directiva. En consecuencia, no se debe interpretar el artículo 33, apartado 2 (derecho al permiso parental) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, como tampoco (por lo que se dijo arriba) su artículo 23, relativo a la igualdad de género.

Observamos una vez más²⁸, que la jurisdicción nacional no parece hacer referencia al caso juzgado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos²⁹ sobre la misma disposición del ET.

6.2. Sentencia de 19 diciembre 2019 del Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio, Autoridad de Supervisión contra Noruega, E-1/18³⁰

Diversas lagunas y ambigüedades de la legislación de la Unión Europea han complicado un litigio sometido al Tribunal de Justicia de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA).

En Noruega, la legislación de trabajo reconoce, en el caso de nacimiento o adopción, un permiso parental de 12 meses, que incluye el descanso postnatal obligatorio (si ha habido parto): una parte reservada para la madre, otra para el padre (la eventualidad de una pareja de diferente composición no fue planteada en el litigio) y una tercera a utilizar como ellos lo acuerden. Durante esta licencia, la legislación de seguridad social proporciona una asignación parental: la madre tiene derecho a ella incondicionalmente, mientras que se concede al padre solo si la madre reanuda una actividad o formación profesional o no puede trabajar.

Esta diferencia de trato llevó a la Autoridad de Supervisión (ESA) a iniciar un procedimiento de infracción; consideró que el subsidio estaba destinado a promover el recurso a la licencia parental, que se enmarca dentro del concepto de condiciones de trabajo, por lo que existía una discriminación directa contra los hombres, prohibida por el artículo 14.1 c) de la Directiva 2006/54/CE. Cuando se le consultó, la Comisión Europea compartió el análisis de la ESA.

²⁸ STJUE de 16 de junio de 2016, Rodríguez Sánchez, C-351/14; véase 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, p. 10-11.

²⁹ STEDH de 19 de febrero de 2013, García Mateos vs. España, demanda nº 38285/09; véase 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, pp. 10-11.

³⁰ Accesible en www.eftacourt.int.

La primera referencia que viene a la mente es el caso Maïstrellis³¹, relativo al permiso parental de los magistrados griegos, en el cual el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había reconocido una discriminación directa porque solo el ejercicio de una actividad profesional por la madre le daba al padre derecho al permiso. El Tribunal EFTA observa, sin embargo, que el Acuerdo marco revisado que es objeto de la Directiva 2010/18/UE no impone la concesión de una prestación social (y tampoco la nueva Directiva 2019/1158/UE, añadimos), por lo que una sentencia que se refiera al derecho al permiso parental carece de pertinencia en el presente caso.

Por tanto, el debate ante el Tribunal se centra en la posibilidad de equiparar la asignación parental noruega con la remuneración a los ojos de la Directiva 2006/54/CE. El antiguo caso Jackson y Cresswell³² no sirve: con respecto a una prestación de asistencia social británica (como tal, excluida del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE) destinada a complementar los recursos inadecuados, el Tribunal de Justicia había dictaminado que, si esta ventaja podía favorecer la integración profesional de las familias monoparentales (principalmente mujeres), esta consideración no era suficiente para someterla, como condición laboral, a la entonces vigente Directiva 76/207/CEE. Por contra, en Meyers³³, el Tribunal de Justicia tuvo que examinar el crédito familiar, otro sistema legal de seguridad social británico (también excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 79/7/CEE, que no cubre las prestaciones familiares); con el objetivo de inducir a los trabajadores con salarios bajos a permanecer en la fuerza laboral, el beneficio solo estaba dirigido a las parejas. La diferencia de trato hacia las familias monoparentales era obvia y el Tribunal había aceptado la alegación de la Directiva 76/207/CEE para establecer la discriminación indirecta contra la mujer. La ESA se basaba en esta sentencia.

No obstante, el Tribunal de Justicia de la EFTA acepta el argumento del Gobierno noruego de que el subsidio parental depende de los recursos de la persona interesada, que no consisten solo en su remuneración como empleado/a, sino que también puede provenir de una actividad autónoma, o de prestaciones de la seguridad social, por ejemplo. En consecuencia, no es posible la aplicación de la Directiva 2006/54/CE y el Tribunal rechaza la solicitud de la ESA.

Sin duda, la posición del Tribunal parece formalista, y de hecho contraria a los objetivos de conciliación de la actividad profesional y las responsabilidades familiares, que perseguirá la Directiva 2019/1158 /UE y que, además, la legislación noruega pone en vigor de manera ejemplar. Sin embargo, la sentencia ilustra que la timidez del nuevo instrumento relativo a la compensación del permiso parental no augura nada bueno para su aplicación en los Estados miembros. Además, el carácter incompleto de la Directiva 79/7/CEE, más de cuarenta años después de su adopción, sigue siendo un serio obstáculo para el logro de la igualdad de género.

³¹ STJUE de 16 de julio de 2015, Maïstrellis, C-222/14, Jean Jacqmain “Crónica 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, p. 21.

³² STJUE de 16 de julio de 1992, C-63/91 y C-64/91 acumulados.

³³ STJUE de 13 de julio de 1995, C-116/84.

6.3. Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 11 septiembre de 2019, Central Union for Child Welfare c. Finlandia, reclamación nº 139/2016

Por simple asociación de ideas debido a la proximidad de ciertos aspectos, debemos mencionar una decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales. En Finlandia, la legislación garantizaba a todo niño en edad preescolar el acceso a un centro de atención de la primera infancia, creado por el municipio y subvencionado por el Estado. En 2016, una enmienda legislativa dio a las autoridades locales la opción de limitar a 20 horas por semana si uno de los padres del niño estaba de baja por maternidad, paternidad o permiso parental, o incluso desempleado. Ante una queja colectiva, el Comité, por amplia mayoría, encontró la violación de varias disposiciones de la Carta Social Europea revisada: artículo E (no discriminación) combinado con el 17.1.a) (protección social infantil); artículo 27.1.c) (igualdad de trato para los trabajadores con responsabilidades familiares); artículo E combinado con el 16 (protección social de la familia).

APÉNDICE: EL ACCESO A BIENES Y SERVICIOS

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 2019, J.D. y A.C. v. Reino Unido, demandas nº 32949/17 y 34614/17

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que atender dos recursos originados por la legislación de seguridad social del Reino Unido, pero que se refiere a la concesión de asignaciones para vivienda. De las demandantes, una vive con su hija gravemente discapacitada en un apartamento adaptado que tiene tres dormitorios. La otra vive también con su hijo en una casa de tres habitaciones, pues al haber sido víctima y estar aún gravemente amenazada por la violencia extrema de una expareja masculina, se beneficia de un programa de protección policial que incluye una habitación segura. En 2012, una revisión de la legislación redujo el monto de la asignación para cada una al entender el alojamiento sobredimensionado; en consecuencia, el beneficio ya no cubre el monto del alquiler. Las dos mujeres pudieron obtener, con carácter provisional, otro subsidio, este opcional, pero mientras la primera lo sigue recibiendo, la segunda lo mantiene solo por la intervención del ministro competente. Ambas impugnaron la reducción del subsidio de vivienda, sin éxito en todos los niveles, incluido el Tribunal Supremo.

Tratando sus solicitudes desde el ángulo del artículo 1 del Primer Protocolo combinado con el artículo 14 del CEDH, el Tribunal concluye, con respecto a la primera, que la aplicación de la reforma de 2012, que tiene como objetivo una mejor distribución de las viviendas según las necesidades reales, no es excesiva, ya que la solicitante reconoce que podría acondicionarse adecuadamente una vivienda más pequeña; además, la concesión del beneficio opcional compensó la reducción del beneficio. Por lo tanto, no hay violación de las disposiciones citadas.

En relación con la segunda demandante, el Tribunal considera que la reducción de la asignación contraviene la obligación del poder público de permitir a las víctimas de

violencia doméstica, principalmente mujeres³⁴, mantener una vivienda adecuada para garantizar su protección. Se resuelve la existencia de una violación de las disposiciones citadas y se le concede a la demandante 1.000 euros en concepto de daño moral. Los jueces K. Wojtyczek y A. Pejchal, sin embargo, expresan una opinión disidente que cuestiona la discriminación indirecta de género.

¿Podría haber entrado en juego la legislación de la Unión Europea durante los procedimientos nacionales? Sobre el segundo caso, lo más probable; aunque la prestación controvertida está incluida en la seguridad social legal en el Reino Unido, no entra dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 79/7/CEE, sino más bien dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 2004/113/CE, relativa a la igualdad de género en el acceso a bienes y servicios. Por otro lado, en el primer caso, el criterio de discapacidad, considerado como causante de discriminación por asociación³⁵, sí se enmarcaría dentro de la Directiva 2000/78/CE, pero esta no se aplica más que en materia de empleo, no en seguridad social legal ni en bienes y servicios.

II. OTRAS DISCRIMINACIONES

Legislación. Sin novedades legislativas.

Jurisprudencia. El criterio de la edad centra la mayor parte de la actividad del Tribunal de Luxemburgo; mientras el criterio del origen racial o étnico centra la actividad del Tribunal de Estrasburgo, que también conoce situaciones tan lamentables como sorprendentes.

1. Discriminación por razón de raza y del origen étnico

1.1. Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de octubre de 2019, Memet a.o. v. Rumanía, demanda nº 16401/16

Una vez más³⁶, el Tribunal Europeo ha tenido que conocer de casos relativos a personas gitanas privadas de vivienda. En Rumania, los afectados fueron expulsados, primero realojados en una escuela abandonada, luego en contenedores, y fueron amenazados con un nuevo desalojo por no pagar las facturas de agua y energía. Este caso había experimentado altibajos judiciales que habían producido algunos resultados favorables, otros no; el 30 de marzo de 2016, el propio Tribunal recomendó una medida cautelar (suspensión de la decisión de desalojo), con base en el artículo 39 de su Reglamento.

³⁴ Sobre esta cuestión, K. Nousiainen y C. Chinkin, *Legal implications of EU accession to the Istanbul Convention*, European Network of Legal Experts in Gender Equality and Non-Discrimination, 2015, www.equalitylaw.eu.

³⁵ STJUE de 17 de julio de 2008, Coleman, C-303/06.

³⁶ Véase las Decisiones del TEDH de 20 de octubre de 2018, Aydarov a.o. v. Bulgaria, demanda nº 33586/15, y de 4 de junio de 2019, Yuseinova a.o. v. Bulgaria, demanda nº 30472/17; sobre estas Decisiones, véase Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)", Femeris, Vol. 5, nº 2, pp. 249-250.

Los demandantes denunciaron violaciones de los artículos 3, 8, 13 y 14 de la CEDH, pero el Tribunal de Estrasburgo determinó que no se agotaron las posibilidades de realizar acciones internas de reparación; por ello la denuncia se declara inadmisible.

A diferencia de un precedente³⁷ que se refería al mismo Estado signatario, los hechos de este caso ocurren después de su adhesión a la Unión Europea, a pesar de lo que los recursos de la Directiva 2000/43/CE y su transposición al Derecho nacional no parecen haber sido explotados. Nuestro cuestionamiento, en la crónica del año pasado³⁸, acerca de si las autoridades búlgaras habían realizado los esfuerzos necesarios para darle una publicidad adecuada a la Directiva, especialmente con respecto a la comunidad gitana, nos parece, por tanto, también aquí pertinente, en este caso en relación con Rumanía.

1.2. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de marzo de 2020, Hudorovič a.o. v. Eslovenia, demandas nº 24816/14 y 25140/14

La anterior observación también se debería aplicar a Eslovenia, miembro de la Unión desde el 1 de mayo de 2004, en atención a los datos de otro caso presentado ante el Tribunal Europeo. Se trataba de dos demandas de personas gitanas que residían en viviendas precarias en dos localidades diferentes. El tema del litigio se centró en el acceso al agua potable y alcantarillado. En ausencia de conexiones a dichas redes, ¿los municipios se esforzaron lo suficiente en instalar cisternas de agua e inodoros químicos?

Después de un largo enfrentamiento entre las partes, el Tribunal admite que los servicios controvertidos pusieron en juego el artículo 8 de la CEDH (vida privada y familiar). Sin embargo, teniendo en cuenta los medios de que disponen las autoridades públicas y las indemnizaciones pagadas a los demandantes, el Tribunal concluye por unanimidad en un caso, y por 5 votos contra 2 en el otro, que no hubo violación del artículo 8. En cuanto al artículo 14, se observa que también están insuficientemente equipadas con agua potable y alcantarillado muchas localidades aisladas sin relación alguna con las comunidades románies. En este sentido, es especialmente lamentable que en el marco del contexto internacional no haya sido mencionada la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea³⁹ sobre otro servicio esencial, el suministro de energía eléctrica.

La opinión parcialmente disidente del Magistrado D. Pavli, junto con su colega E. Kūris, considera que, ante una cuestión tan vital como el derecho al agua potable, el Tribunal concedió demasiado pronto su parecer favorable al gobierno en cuestión.

³⁷ Decisión del TEDH de 4 de abril de 2017, Cazacliu a.o. v. Romania, demanda nº 63945/09.

³⁸ Véase Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)", Femeris, Vol. 5, nº 2, pp. 249-250.

³⁹ Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, CHEZ, C-83/14, citado *supra* en relación con Ortiz Mesonero.

1.3. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2020, Hirtu e.a. v. Francia, demanda nº 24720/13.

Francia fue también objeto de una acción ante el Tribunal de Estrasburgo sin que se hubiera planteado previamente ante los tribunales nacionales el impacto del Derecho de la Unión, ni siquiera la existencia de una discriminación, en una cuestión que afectaba a varios romaníes, nacionales rumanos, expulsados de tierras que ocuparon ilegalmente en La Courneuve (Seine-Saint-Denis). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos desestimó la demanda en virtud del artículo 3 de la CEDH (trato inhumano o degradante), pero consideró que las autoridades no habían tenido suficientemente en cuenta las necesidades particulares de un grupo social desfavorecido, lo que resultó en violación del artículo 8. Además, el procedimiento utilizado solo podía ser impugnado ante los tribunales administrativos, que habían dictado sus decisiones demasiado tarde para que pudieran tener efectividad, contrariamente a los requisitos del artículo 13. A cada uno de los demandantes se le concedieron 3.000 € en concepto de daños morales.

1.4. Decisión del Comité Europeo de Derechos Humanos de 14 de mayo de 2020, Pto. nº 185/2019, Centro Europeo para los Derechos de los Gitanos vs Bélgica

En 2019 en Bélgica, una gran operación policial llevada a cabo contra 19 asentamientos de personas itinerantes había provocado la confiscación de caravanas y el bloqueo de cuentas bancarias, siendo sus propietarios sospechosos de participar en actividades delictivas. El Centro Europeo para los Derechos de los Gitanos presentó una demanda colectiva ante el Comité Europeo de Derechos Sociales denunciando diversas violaciones de la Carta Social Europea revisada y el Comité Europeo la declaró admisible por unanimidad. Como en un anterior caso, Amnistía Internacional contra Italia⁴⁰, informó al gobierno belga de las medidas inmediatas que debían tomarse para preservar los derechos sociales básicos de los afectados, en particular el acceso al agua.

2. Discriminación por razón de edad

2.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 noviembre de 2019, Comisión c. Polonia, C-192/18. Véase supra.

2.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de noviembre de 2019, Ca-faro, C-396/18.

Alrededor de este asunto italiano, flota un aroma de espionaje. En 2012, un piloto empleado por una empresa de transporte aéreo civil fue despedido porque había cum-

⁴⁰ Decisión del Comité Europeo de Derechos Sociales de 4 de julio de 2019, procedimiento nº 178/2019; véase Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)", Femeris, Vol. 5, nº 2, pp. 249-250.

plido los 60 años. Esta edad está fijada por decreto para esta empresa, cuyas aeronaves tienen un código de navegación aérea similar a las del Estado porque realiza "actividades confidenciales para las necesidades de los servicios secretos con fines de protección de la seguridad nacional". Durante el litigio subsiguiente al cese del trabajador, la *Corte Suprema di Cassazione* interroga al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La primera cuestión se refiere al impacto de un punto del anexo I del Reglamento 1178/2011/UE (requisitos técnicos y procedimientos administrativos aplicables al personal de vuelo de la aviación civil) que, en determinadas condiciones, permite la continuación de los servicios de piloto hasta los 65 años. El Tribunal de Justicia observa que Italia hizo uso de una disposición del Reglamento que le autorizaba a cumplir con este anexo solo en 2013, por lo que no se aplicó a los hechos del caso y no ve necesario responder a la pregunta. Es una pena, porque podría surgir en el futuro en otros casos.

Queda por comparar las disposiciones impugnadas con la Directiva 2000/78/CE, reforzada por el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, dado el precedente en el que, en un caso similar, el Tribunal de Justicia constató una discriminación contraria al artículo 2 de la Directiva (Caso Prigge y otros⁴¹). Se trataba entonces de un convenio colectivo alemán que imponía una edad máxima de 60 años a los pilotos de aviación civil, mientras que las normas internacionales (los hechos de aquel caso eran anteriores a la adopción del Reglamento 1178/2011) autorizaban también, en determinadas condiciones, el mantenimiento en servicio hasta los 65 años.

Sobre la base del "expediente que se le ha entregado", el Tribunal está convencido de que las "operaciones vinculadas a la seguridad nacional" que realiza la empresa en cuestión pueden tener lugar en "condiciones difíciles, incluso extremas", que exigen condiciones físicas "particularmente elevadas", aptitudes que permiten descartar la comparación con el precedente Prigge y otros. En consecuencia, el Tribunal declara que las normas impugnadas pueden ser validadas mediante dos excepciones autorizadas por la Directiva: la del artículo 2.5, relativo a las medidas necesarias para la seguridad pública previstas por la legislación nacional (a este respecto, el Tribunal contradice al Abogado General M. Szpunar, quien había señalado que las disposiciones italianas eran reglamentarias y no legales); y la del artículo 4.1, relativo a los requisitos profesionales esenciales y decisivos. Por supuesto, corresponde a los tribunales nacionales verificar, en el primer caso, si las medidas son necesarias, y en el segundo si son proporcionadas, y casi se puede oír a los jueces del Tribunal lavándose colectivamente las manos con alivio.

2.3. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de abril de 2020, C-0, C-670/18

En una convocatoria a candidatos para una misión de estudio y asesoría relacionada con su centro de reciclaje, el municipio de Gesturi (Cerdeña) aplicó un decreto-ley de 6 de julio de 2012 que prohíbe a las autoridades locales emplear a jubilados de los sectores

⁴¹ Sentencia del TJUE de 13 septiembre de 2011, Prigge, Fromm y Lambach, C-447/09.

tanto privado como público. Descartado por este motivo, un pensionista que reunía las demás condiciones (diploma y experiencia) denunció la discriminación directa por edad ante el *Tribunale Amministrativo Regionale*, que acudió al Tribunal de Justicia.

Sin pedir conclusiones a su Abogado General, el Tribunal zigzaguea por su jurisprudencia anterior⁴², ahora abundante, que se refiere a los “objetivos de política social” invocados por los Estados miembros en relación con el artículo 6.1 de la Directiva 2000/7/CE: en particular, como en el caso, dar a los jóvenes más posibilidades profesionales. El Tribunal concluye que los artículos 2.2, 3.1 y 6.1 de la Directiva no se oponen a la medida impugnada, y devuelve al tribunal nacional la tarea de comprobar si es adecuada y necesaria en relación con el objetivo perseguido. Previamente, el Tribunal hace varias observaciones que parecen más aptas para reforzar las dudas del *Tribunale* que para disiparlas. Así las cosas, ¿los jóvenes practicantes podrán cumplir con el requisito de experiencia requerido por la misión? Además, ¿la política social invocada no choca con una política presupuestaria, plasmada en otras disposiciones, que permite encomendar funciones de dirección a los jubilados que las asumen gratuitamente?

Por analogía lejana, el caso nos recuerda una época en la que determinadas autoridades belgas adoptaron normas que, con el fin de contratar personal para sus servicios, prohibían la sobrecualificación con el fin de proteger las oportunidades de empleo de los menos cualificados. Esta idea fue abandonada cuando el Tribunal Administrativo Supremo preguntó a los empleadores públicos, demandados, cómo contratar a una persona con un título superior a los requisitos del cargo podría obstaculizar el buen desempeño del cargo⁴³.

2.4. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 7 de febrero de 2020, T K, U L y V M, C-773/18

En nuestra crónica anterior⁴⁴, habíamos apuntado que la cuestión de la antigüedad en el servicio público austriaco se había convertido en una piedra en el zapato para el Tribunal de Justicia. Mediante una especie de “Revancha por Sadowa”, la misma cuestión en Alemania aumentó aún más la incomodidad causada por la piedra. En 2011, el Tribunal había decidido en Hennigs y Mai⁴⁵ que utilizar el criterio de la edad para determinar qué escala salarial se asignaría a los trabajadores contratados por las instituciones públicas alemanas infringía los artículos 2 y 6, apartado 1, de la Directiva 2000/78/CE. Inmediatamente surgió una controversia ante los tribunales nacionales en cuanto a la aplicación

⁴² Cita en particular su Sentencia de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08.

⁴³ Así, las Sentencias del Tribunal Administrativo Supremo Mattys, nº 89.800 de 26 de septiembre de 2000, y nº 94.658 de 5 de abril de 2001; y Brouillard, nº 115.391 de 3 de febrero de 2003 y nº 131.418 de 13 de mayo de 2004 (www.raadvst-consetat.be). Véase también, sobre la función pública europea, la Sentencia de 28 de marzo de 1996 del Tribunal de Primera Instancia de la UE, Noonan, T-60/92, Rec., II, p. 443.

⁴⁴ Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)”, Femeris, Vol. 5, nº 2, pp. 252-253; a propósito de las Sentencias del TJUE de 8 de mayo de 2019, Leitner, C-396/17, y de 8 de mayo de 2019, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-24/17.

⁴⁵ Sentencia del TJUE de 8 de septiembre de 2011, C-297/10 y C-298/10, asuntos acumulados.

de esta lectura al personal estatutario que el Tribunal resolvió en Specht y otros⁴⁶; y luego insistió en Unland⁴⁷ en relación a los magistrados.

Por su parte, la legislación nacional se había ajustado a la doctrina del Tribunal desde su primera sentencia, al sustituir el criterio de la antigüedad por el de edad, pero debía abordar de inmediato el aspecto relativo a los derechos adquiridos; en cada etapa, el Tribunal tuvo que especificar en qué medida los sistemas de conversión y las medidas de protección eran admisibles con arreglo al artículo 6, párrafo 1, de la Directiva.

Una magistrada y dos funcionarios empleados por el Land de Sajonia-Anhalt tuvieron que someter al *Verwaltungsgericht* (Tribunal administrativo) de Halle la disputa entre ellos y su empleador. Según el Tribunal Constitucional alemán, el estatuto pecuniario de este Land concedía a los magistrados y funcionarios una remuneración inferior al mínimo fijado por la Ley Fundamental, lo que había obligado al Land a legislar para otorgar a los interesados, a partir de 2008, una remuneración adicional. Pero esa remuneración se calculaba de acuerdo con una escala de baremación determinada por la edad, criterio que resultaba discriminatorio de acuerdo con la sentencia Hennigs y Mai. La fecha de dicho pronunciamiento se tomó entonces como el punto de partida del período de prescripción de dos meses, más allá del cual un beneficiario ya no podía reclamar el suplemento; y el Land siempre se opuso alegando prescripción respecto de las tres personas en cuestión.

Solicitado por el tribunal alemán, el Tribunal de Justicia considera en primer lugar que, dado el gran número de magistrados y funcionarios afectados por el problema y "la ausencia de un sistema de referencia válido", los artículos 2 y 6 de la Directiva pueden ser aplicables y dar cabida a la remuneración adicional, "siempre que no dé lugar a la perpetuación de una diferencia de trato en el tiempo según la edad", reserva que, en este caso, parece más bien cosmética. Por ello, teniendo en cuenta la controversia jurisprudencial mencionada, el Tribunal declara que el principio de eficacia es contrario a que la fecha de la sentencia Hennigs y Mai determine la expiración de un plazo (muy breve) de prescripción si ello impide a los interesados hacer valer un derecho derivado del Derecho de la Unión, lo cual el órgano jurisdiccional nacional debe valorar⁴⁸.

2.5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2019, C-460/18 P

En su momento, no pudimos silenciar nuestra indignación por una sentencia⁴⁹ en la que el Tribunal General de la Unión Europea se negó a conceder una pensión de supervivencia en un supuesto en el que el demandante había vivido veinte años en convivencia con una funcionaria europea que lo apoyaba debido a la grave enfermedad crónica que padecía. La pareja se casó, pero once meses después, la esposa murió.

⁴⁶ Sentencia del TJUE de 19 de junio de 2014, C-501/12 a 506/12, C-540/12 y C-541/12, asuntos acumulados.

⁴⁷ Sentencia del TJUE de 9 de septiembre de 2015, C-20/13.

⁴⁸ El Tribunal de Justicia cita como precedente su Sentencia de 8 de julio de 2010, Bulicke, C-246/09.

⁴⁹ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 3 de mayo de 2018, H.K. vs. Comisión, T-574/16; véase Jean Jacqmain, "Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2017 a 31/8/2018)", Femeris, Vol. 4, nº 2, pp. 208-209.

Frente a esa sentencia, el interesado recurrió ante el Tribunal de Justicia. En sus muy detalladas conclusiones sobre el recurso interpuesto por el interesado ante el Tribunal de Justicia, el Abogado General P. Pikamäe señaló que, entre otros motivos, el viudo impugnó el artículo 17 del Anexo VIII del Estatuto de los Funcionarios, que impone el requisito mínimo de un año de matrimonio, por considerarlo contrario a lo dispuesto en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, sin referirse a un criterio particular. Después de un detallado análisis, el Abogado General consideró que la comparación pertinente debía hacerse entre las parejas cuyo matrimonio había durado menos de un año; de hecho, la evolución del Estatuto de los Funcionarios permite ahora completar el año teniendo en cuenta un período inmediatamente anterior de “unión registrada”, pero no de cohabitación de facto. Por tanto, según él, lo que estaba en juego era el principio general de igualdad, consagrado en el artículo 20 de la Carta. Continuando con el examen, las conclusiones constataron que la distinción excedía del objetivo perseguido y resultaba excesivamente perjudicial para las partes interesadas, especialmente en el presente caso donde se excluyó cualquier riesgo de malversación o fraude de ley dada la realidad de los hechos. Por lo tanto, la norma estatutaria debía declararse inválida en virtud del artículo 20 de la Carta.

Lamentablemente, el Tribunal no dedica una sola línea a la relevancia de este razonamiento. Es cierto que comienza por anular la sentencia del Tribunal General por considerar que su motivación es confusa y contradictoria. No obstante, cuando entra a conocer y resolver el recurso inicial contra la denegación de la Comisión a la solicitud de pensión de supervivencia, el Tribunal de Justicia vuelve de nuevo a desestimarla, siguiendo la formulación del Estatuto. En particular, señala la asimilación de la unión registrada como una concesión suficiente de acuerdo con el desarrollo social, pero se cuida de no citar la sentencia⁵⁰ en la que, sobre la reagrupación familiar (artículo 21.1 del TFUE y Directiva 2004/38/CE), señaló que había que tener en cuenta la convivencia de facto. Por lo tanto, debemos trasladar la valoración que anteriormente hicimos a la sentencia del Tribunal General, a la sentencia dictada ahora por el Tribunal de Justicia.

3. Discriminación por razón de la discapacidad

3.1. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de octubre de 2019, J.D. y A.C. v. Reino Unido, demandas nº 32949/17 y 34614/17. Ver supra

3.2. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de septiembre 2019, D W, C-397/18

Un nuevo caso español ha mostrado al Tribunal de Justicia tan cauto como siempre⁵¹ en su aproximación al concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva 2000/78/CE.

⁵⁰ Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2018, Banger, C-89/17.

⁵¹ Ver STJUE de 18 de enero de 2018, Ruiz Conejero, Asunto C-270/16, 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. 210-211.

Una trabajadora, empleada en una fábrica de tubos de plástico, se ve afectada de epicondilitis, enfermedad reconocida como profesional. Posteriormente, sufre también un trastorno de ansiedad y ambos síndromes conjuntamente provocan ausencias repetidas. El servicio de prevención de riesgos laborales la califica de "trabajadora especialmente sensible a los riesgos laborales" conforme a la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales. Por tal motivo, es objeto de varios cambios de destino que, más tarde, la Inspección de Trabajo estima inadecuados con respecto a las particularidades propias de su estado de salud.

Para justificar los despidos por causas objetivas, como exige el Estatuto de los trabajadores, la empresa utiliza una combinación de cuatro criterios: estar asignado/a a la fabricación de tubos de plástico, presentar una productividad inferior al 95 %, una menor polivalencia funcional y un elevado índice de absentismo. Sobre esta base, junto a consideraciones económicas, técnicas y organizativas, la empleada es una de los diez trabajadores despedidos a lo largo del mismo período. Durante el litigio que siguió, el *Jutjat Social* nº 3 de Barcelona se cuestiona acerca de la posible incidencia de la Directiva 2000/78/CE y se dirige al Tribunal de Justicia.

Este responde, en primer lugar, que el estado de salud de una trabajadora reconocida como especialmente sensible a los riesgos laborales, lo que hace que se le aparte de diversas tareas, no equivale al concepto de discapacidad en el sentido de la Directiva, salvo que disminuya las posibilidades de que la interesada participe en la vida profesional como el resto de trabajadores. Este es el criterio de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si es así.

A continuación, y en el caso de que la trabajadora en cuestión pudiera considerarse como discapacitada, el artículo 2.2.b).ii) de la Directiva lleva a analizar las razones objetivas de su empresario como causante de discriminación indirecta por discapacidad, a menos que la persona en cuestión se haya beneficiado previamente de ajustes razonables en el sentido del artículo 5. Su verificación corresponde también al órgano jurisdiccional nacional. Al respecto, el Tribunal está de acuerdo con el análisis en dos tiempos (ajustes razonables / causas objetivas) que le recomendó infructuosamente la Abogada General E. Sharpston en Ruiz Conejero.

Debemos lamentar que, en la redacción de sus cuestiones prejudiciales, el *Jutjat Social* no haya mencionado que, según su Exposición de Motivos, la Ley 31/1995 es el instrumento nacional que transpone la Directiva marco 89/391/CEE relativa a la promoción de la seguridad y salud en el trabajo, así como varias de sus directivas específicas. De hecho, el plan de prevención de riesgos laborales establecido en el instrumento marco exige la adopción de medidas que, en la práctica, pueden coincidir con las que se señalan como adaptaciones razonables en beneficio de los trabajadores calificados como discapacitados a efectos de la Directiva 2000/78/CE. Al no posibilitar que el Tribunal de Justicia considere la interacción de mutua de ambos conceptos contenidos en dos normas de la Unión, ello da lugar a que se pierda la oportunidad de hacer avanzar el debate general sobre la repercusión del estado de salud en el empleo.

4. Discriminación por razón de la orientación sexual

4.1. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 abril 2020, *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI, C-507/18*

En Italia, un abogado había dicho en un programa de televisión que nunca contrataría en su oficina a un gay. Una asociación de abogados de defensa de los derechos de las personas LGBTI consideró tales declaraciones contrarias a la legislación antidiscriminatoria e inició un procedimiento judicial que llegó hasta el *Corte Suprema di Cassazione*, la cual, a la vista de las particularidades del caso, preguntó al TJUE sobre el alcance de la Directiva 2000/78/CE.

Basándose en las notables conclusiones de la Abogada General E. Sharpston, la Gran Sala del Tribunal recuerda ante todo que la libertad de expresión garantizada por el artículo 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión puede encontrar un límite en las condiciones previstas por el artículo 52.1. A continuación, establece que las declaraciones enjuiciadas entran dentro de la prohibición de discriminación por motivos de orientación sexual, en el sentido del artículo 2 de la Directiva, y que, si bien nadie ha sido víctima de aquella puesto que el despacho de abogados del autor de las mismas no procedió en el momento de su emisión a realizar ningún contrato, estas declaraciones pueden poner en entredicho las “condiciones de acceso al empleo” mencionadas en el artículo 3. El tribunal nacional debe, no obstante, garantizar que el vínculo entre este concepto y la política de contratación de la empresa no es puramente hipotético.

Sobre este último aspecto, debemos repetir la observación que hicimos en relación con la sentencia Achbita⁵²: remitir el examen de los elementos fácticos al tribunal que formuló la cuestión preliminar suscita dudas cuando este último no tiene tal competencia en virtud de su legislación nacional. En el caso Achbita, el Tribunal de Casación belga censuró la sentencia del Tribunal Laboral de Amberes, objeto de recurso; pero esta solución no siempre es accesible si el Tribunal Supremo no tiene motivos según el derecho interno para casar la resolución de la instancia inferior.

La segunda cuestión se refería a la conformidad de la legislación nacional que facilita a una asociación a emprender acciones para constatar una discriminación y reclamar una indemnización. El Tribunal de Justicia responde que la Directiva 2000/78/CE no se opone a ese mecanismo de eficacia, pero se trata de una cuestión que debe determinar el Estado miembro. Se limita a citar su sentencia ACCEPT (STJUE de 25/07/2007, C-81/12), ciertamente dedicada a comentarios homófobos, pero no la sentencia Feryn (STJUE de 10/07/2008, C-54/07), sobre cuestiones de origen étnico, aunque sus circunstancias eran más próximas al caso italiano.

⁵² STJUE de 14/03/2017, C-157/15, que se refería a convicciones religiosas; véase la crónica de Jean Jacqmain en *Journal de Droit Européene*, 2017, p. 377 (no traducida en esta parte).

5. Discriminaciones más allá del marco general

5.1. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 2019, Iovcev e.a. c. Moldavia y Rusia, Demanda nº 40942/14*

Señalar brevemente que una vez más el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado a denuncias sobre la presión y el acoso que sufren, en la llamada “República Moldava de Transnistria”, tanto las escuelas que, a pesar de la prohibición legal, persisten en enseñar en moldavo y caracteres latinos, como los alumnos que asisten a ellas y sus padres. El Tribunal declaró, contra la Federación Rusa, varias violaciones del artículo 2 del Primer Protocolo (derecho a la educación) y de los artículos 5 (prisión arbitraria) y 8 (vida privada y familiar) de la C.E.D.H.; a diferencia de un caso anterior⁵³, los demandantes no habían invocado el artículo 14. A algunos les concedieron 12.000 €, a otros 6.000 en concepto de daños morales.

5.2. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 31 octubre 2019, Papageorgiou a.o. c. Grecia, Demanda nº 4762/18 y 6140/18*

Como en el caso anterior, tampoco se planteó la dimensión de la discriminación en las solicitudes de los padres de alumnos que asisten a la escuela en dos pequeñas islas griegas. La legislación exige que, para obtener la exención de la asignatura de religión ortodoxa para sus hijos, los padres deben declarar solemnemente que sus hijos, y por tanto implícitamente ellos mismos, no se adhieren a esa confesión. Observando, entre otras cosas, el riesgo de estigmatización en comunidades insulares muy pequeñas, así como la ausencia de la asignatura alternativa prevista por la ley⁵⁴, la Corte de Estrasburgo consideró que existía una violación del artículo 2 del Primer Protocolo (derecho a una educación acorde con las convicciones de los padres) leído a la luz del artículo 9 de la CEDH (libertad de conciencia y de expresión)⁵⁵, y concedió a cada uno de los demandantes 2.000 euros en concepto de daños morales.

5.3. *Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de junio de 2020, Ince c. Turquía, Demanda nº 52772/08*

El Tribunal de Estrasburgo también se encontró, tardíamente, con una versión masculina (pero algo ridícula) del caso Leyla Şahin c. Turquía⁵⁶: en 1998, las decisiones de prohibición adoptadas por las autoridades universitarias contra los estudiantes con velo

⁵³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 19 octubre 2012 (Gran Sala), Catan e.a. c. Moldavia y Rusia, Demanda nº 43370/04, 8252/05 y 18454/06.

⁵⁴ Estos dos aspectos (libertad de conciencia y expresión) habían sido tomados en cuenta en un caso relativamente similar que cita el Tribunal: Sentencia de 15 de junio de 2010, Grzelak c. Polonia, Demanda nº 7710/02.

⁵⁵ En este mismo orden de ideas, el Tribunal señaló una violación del artículo 9 con respecto a una práctica de ciertos registradores que, al emitir un certificado de nacimiento, hicieron una mención reveladora de la ausencia de bautismo (Sentencia de 25 de junio de 2020, Stavropoulos a.o. c. Grecia, Demanda nº 52484/18).

⁵⁶ Sentencia del TEDH de 10 de noviembre de 2005 (Gran Sala), Leyla Şahin c. Turquía, Demanda nº 44774/98.

también afectaron a un estudiante médico que afirmó llevar barba por motivos religiosos. El litigio que siguió duró diez años sin darle satisfacción. A pesar de ello, terminó sus estudios y ahora trabaja como jefe de departamento de un hospital público. Sin embargo, denunció violaciones de los artículos 8 y 10 (libertad de expresión) de la CEDH y 2 del Primer Protocolo, sin citar el artículo 14 de la CEDH. El Tribunal se refiere a un precedente similar⁵⁷ y se limita a examinar la consistencia de las denuncias y los hechos presentados; el informe señala que, durante sus estudios, el estudiante se había acortado la barba, por lo que su abogado podría haberle malinterpretado y argumentado ante los tribunales nacionales que el pelo no tenía importancia religiosa. Doce años después de la interposición de la petición, el Tribunal por unanimidad la declaró inadmisible.

5.4. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de mayo de 2020, Hakim Aydin c. Turquía, Demanda nº 4048/09

Una vez más⁵⁸, las reclamaciones sobre el uso del idioma kurdo en la educación han llegado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En 2008, un estudiante fue puesto en prisión preventiva por participar en una sentada pacífica en las instalaciones de la Universidad de Diyarbakir, lo que habría constituido un delito de obstrucción a la educación. El Tribunal de Estrasburgo consideró que se habían violado los artículos 5 (privación de libertad) y 11 (manifestación) de la CEDH, pero, curiosamente, no puede encontrar ningún elemento que permita aplicar el artículo 14. El demandante obtiene 5.000 euros en concepto de daños morales.

5.5. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de marzo de 2020, Cegolea c. Rumanía, Demanda nº 25560/30

Según la legislación rumana sobre minorías nacionales, la comunidad italiana tiene derecho a un escaño en el parlamento. Solo las organizaciones reconocidas como de utilidad pública pueden presentar candidatos a las elecciones. Un cambio legislativo y una diferencia de interpretación entre las administraciones interesadas había impedido a una candidata presentarse, sin obtener reparación judicial. A propósito de su demanda, la Corte Europea concluyó que la organización a la que ella pertenecía había sido tratada de forma desfavorable en comparación con las que representan a otras minorías nacionales, una violación del artículo 14 de la CEDH (origen étnico) combinado con el artículo 3 del Primer Protocolo (derecho a elecciones libres). Este veredicto proporciona una satisfacción justa por el daño infligido.

⁵⁷ Sentencia del TEDH de 24 de mayo de 2005, *Tığ c. Turquía, Demanda nº 8165/03*.

⁵⁸ Ver también la Sentencia del TEDH de 12 de diciembre de 2017, *Çölgecen e.a. c. Turquía, Demanda nº 50124/07*, 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. 214-215.

5.6. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de mayo de 2020, *Csiszer y Csibi c. Rumanía, Demanda nº 71314/13 y 68028/14*

En 1919, la guerra rumano-húngara, entre otras, había sacado a la luz la “cuestión de las nacionalidades”, que todavía hoy está mal resuelta. Las personas que afirman ser de la minoría Szeker (Sicula) querían realizar una manifestación en Cluj-Napoca, en el Día Nacional de Rumania, para conmemorar un episodio marcial húngaro en este conflicto. Al haber infringido la prohibición de organizarlo, dos de ellos fueron objeto de sanciones administrativas y los litigios resultantes los llevaron ante el Tribunal de Estrasburgo. Este último considera que la disposición legal que prohíbe este tipo de iniciativas está adecuadamente justificada por las autoridades nacionales, de manera que la injerencia en la libertad de reunión (artículo 11 de la C.E.D.H.) no fue excesiva. Sin embargo, se puede considerar que el Tribunal se apresuró a desestimar la alegación de discriminación por motivos de origen étnico (artículo 14).

* * *

El pasado año judicial ha supuesto tanto un estímulo como una decepción para las víctimas de discriminaciones, así como para los profesionales en la materia. Y releyendo la observación final que realizamos con ocasión de la crónica 2018/2019⁵⁹, constatamos de nuevo que las distintas jurisdicciones (y otras instituciones) europeas, aunque actúan en paralelo, no interactúan casi nada.

⁵⁹ Jean Jacqmain, “Crónica de la jurisprudencia europea sobre igualdad (De 1/9/2018 a 31/8/2019)”, Femeris, Vol. 5, nº 2, p. 262. Allí calificábamos la interacción entre TJUE y TEDH como “siempre aleatoria y reticente”.

Crónica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre igualdad (año 2020)

Chronicle of the Spanish Constitutional Court case on equality rights (year 2020)

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.2021.6145>

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 2020. El estudio se centra en el estudio de las sentencias más relevantes en este terreno que ha producido el Tribunal Constitucional en el año 2020.

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 2020. The article will focus in the study of the most notable sentences in this terrain that has produced the Constitutional Court during the year 2020.

Keywords: Constitutional Court of Justice of Spain; principle of equal treatment; nondiscrimination.

El año 2020, el año de la pandemia, en el ámbito de la jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional en aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación que consagra el artículo 14 de la CE, pueden reseñarse dos resoluciones significativas, esto es, dos menos que al año pasado.

I. Sentencia 79/2020 de 2 de julio. Reducción de jornada por guarda legal. Diferencia de trato de los trabajadores a tiempo parcial respecto de los trabajadores a tiempo completo.

La primera de esas dos sentencias resulta ser la número 79/2020, de 2 de julio, dictada por el pleno del Tribunal Constitucional. En ella se tratan dos temas ya clásicos

en la jurisprudencia constitucional: la discriminación indirecta por razón de género y el derecho a la igualdad, ambos (como es bien sabido) reconocidos en el art. 14 CE. El supuesto de hecho era relativamente sencillo. Se trataba de una médica del servicio de urgencias del Hospital Costa del Sol de Marbella (Málaga), que venía realizando una jornada ordinaria de 1.523 horas de trabajo (a razón de 7 horas al día) y otra complementaria como consecuencia de la realización obligatoria de 44 guardias al año (en horario nocturno, con una duración de 10 horas), cada una de las cuales, no solo generaba al día siguiente (“saliente de guardia”) un descanso de veinticuatro horas, sino que, a efectos retributivos, se tomaban 7 de esas horas como de trabajo efectivo (descanso retribuido). De este modo, en el cómputo anual de las 1.523 horas de jornada ordinaria de la trabajadora quedaban incluidas las 308 horas generadas por los “salientes de guardia”. Posteriormente, solicitó la aplicación de la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores de doce años (en un 33 por ciento) prevista en el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores. En consecuencia, la empresa procedió a reducirle, en la misma proporción, el número de horas de su jornada ordinaria (que pasó de 1.523 a 1.020,41 horas), el número de guardias médicas obligatorias (que pasó de 44 a 30), así como el número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia (reduciéndolo de 7 a 4,69 horas).

La trabajadora, sin embargo, entendió que la decisión empresarial no se ajustaba a Derecho. Y es que, para ella la reducción aplicada sobre el descanso retribuido por guardia médica resultaría contraria al principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, ya que producía una diferencia de trato injustificada entre trabajadores a tiempo completo y trabajadoras con jornada reducida, de manera que, a igualdad de jornada (guardia médica obligatoria de 10 horas), recibía una menor compensación por cada “saliente de guardia” (de 4,69 horas en lugar de 7 horas), de modo que tendría que trabajar 69,30 horas más en términos anuales (un total de 879,71 horas en lugar de 810,41 horas). Además, podría producirse también una discriminación indirecta por razón de sexo, en la medida en que el trato desigual denunciado vendría motivado por el ejercicio de un derecho (el de reducción de jornada para el cuidado de hijos) que, aunque reconocido legalmente tanto a los hombres como a mujeres, se ejercita mayoritariamente por estas últimas.

Y esas dos fueron justamente las cuestiones que se resolvieron por el Tribunal Constitucional. La primera de ellas, la relativa a la vulneración del principio de igualdad de trato, exigía, obviamente, un pequeño repaso a la ya añeja doctrina constitucional sobre el derecho a la igualdad y no discriminación. Y así se hizo, recordando la sentencia 79/2020 que “el derecho a la igualdad reconocido en el primer inciso del art. 14 CE exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, lo que veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación objetiva y razonable”. El juicio de igualdad, pues, “siendo relacional, exige como presupuestos obligados, de un lado, que se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas; de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso.

Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato”.

Sobre esta base, la resolución que nos ocupa determinó que, a la vista de lo acreditado en pleito, y teniendo en cuenta la síntesis doctrinal anterior, existía una evidente diferencia de trato contraria al art. 14 CE. La razón no era otra que la necesaria consecuencia derivada del hecho de que la empleadora, al calcular la reducción de jornada por motivos de guarda legal para el cuidado de los hijos menores, no solo aplicó la reducción al número de horas de la jornada ordinaria (que pasó de 1.523 a 1.020,41 horas, en jornadas diarias de 7 horas) y al número de guardias médicas obligatorias (que pasó de 44 a 30, en jornadas diarias de 10 horas), sino también al número de horas de descanso retribuido computables por cada saliente de guardia, reduciéndolo de 7 horas a 4,69 horas. Y siendo así, si el juicio de igualdad es de carácter relacional, requiriendo que la diferencia de trato se produzca entre grupos o categorías de personas que puedan considerarse homogéneas o equiparables, resulta que en esta ocasión las situaciones subjetivas que se concretaron en el pleito constituyen un término de comparación válido, al tratarse de supuestos de hecho iguales en la medida que, aun realizando menos guardias obligatorias (30 en lugar de 44, fruto de la reducción de jornada para el cuidado de los hijos), las que realiza la trabajadora recurrente en amparo son, al igual que el resto de sus compañeros, de 10 horas de duración.

Estando, pues, ante situaciones subjetivas comparables, que son aptas para realizar el juicio de igualdad, resultó que la diferencia de trato denunciada no poseía una justificación objetiva y razonable que la legitimase. El argumento que ofrecía la empresa para justificar la diferencia de trato (y que había sido aceptado en la vía judicial) es que, dado que la trabajadora tiene su jornada habitual reducida en un 33 por ciento, las guardias realizadas no pueden generárle un descanso retribuido equivalente a una jornada de trabajo “ordinaria” completa (de 7 horas), procediendo a reducirlo a 4,69 horas. Para el Tribunal Constitucional, sin embargo, tal argumentación resultaba inasumible, al utilizarse, para justificar la diferencia de trato, un elemento de diferenciación que debe calificarse de arbitrario o carente de una justificación objetiva y razonable, esto es, el de que la recurrente en amparo realiza la jornada de trabajo (tanto ordinaria como complementaria) de forma reducida.

No hay que descuidar, se afirma en la sentencia, “que la reducción tanto de la jornada ordinaria (en cómputo anual) como de la complementaria (en número de guardias) es fruto de un derecho (el cuidado de los hijos), cuyo ejercicio no puede generárle un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores: de 10 horas”. Dicho de otra manera, como se ha señalado ya, aunque la recurrente realiza menos jornadas “ordinarias” de trabajo (1.020,41 horas anuales en lugar de las 1.523 horas previstas, en jornadas diarias de 7 horas), y menos jornadas “complementarias” (30 guardias obligatorias en lugar de las 44 previstas, en jornadas de 10 horas), fruto de la reducción para el cuidado de los hijos, las que sí realiza (las 30 guardias), las lleva a cabo, al igual que el resto de sus compañeros, a jornada completa de 10 horas. Por tanto, ante una misma situación (guardias de 10 horas), que generan el derecho a un descanso

retribuido (de 7 horas), no puede la empleadora asignarle otro (de 4,69 horas), so pretexto de que ya tiene reducido tanto el número de horas ordinarias que debe trabajar como el número de guardias que obligatoriamente debe realizar. No existe, pues, una justificación razonable que legitime el diferente trato recibido.

En segundo lugar, la sentencia procedió a determinar si con la actuación empresarial se había producido una discriminación por razón de género. En estos casos, lo primero es recordar que la virtualidad del art. 14 CE no se agota en la proclamación del derecho a la igualdad, sino que el precepto se refiere también a la prohibición de discriminación, entre otros motivos, "por razón de sexo". Y como se sabe tal tipo de discriminación comprende no solo el tratamiento peyorativo "que se funda en la pura y simple constatación del sexo de la persona afectada, sino en la concurrencia de razones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo y la maternidad". No obstante, esta protección constitucional vinculada a factores diferenciales que inciden en las mujeres no se detiene en el embarazo y subsiguiente maternidad, sino que se extiende también al ejercicio por la trabajadora de los "derechos asociados a la maternidad". Tales derechos, aunque son reconocidos por el ordenamiento jurídico indistintamente al hombre y a la mujer con el objeto de estimular cambios en la cultura familiar y promover el reparto de responsabilidades, "sirven principalmente para compensar las dificultades y desventajas que agravan la posición de la mujer trabajadora. En efecto, se trata de derechos que inciden de modo singular en las mujeres, al ser las que principalmente asumen el cuidado de los hijos de corta edad y sufren, por ello, mayores dificultades para su inserción laboral y su mantenimiento en el mercado de trabajo".

En todo caso, el Tribunal Constitucional también se encarga de subrayar que la discriminación no solo se produce cuando a la mujer trabajadora se le niega uno de esos derechos asociados a la maternidad, sino también cuando, pese a su inicial reconocimiento y ejercicio, se le cause un perjuicio efectivo y constatable que consista en un "trato peyorativo en sus condiciones de trabajo", o en "una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral". En otras palabras, en tales casos la vulneración del art. 14 CE vendría determinada por el menoscabo, de carácter discriminatorio, ocasionado en el patrimonio jurídico de la mujer trabajadora. Y, entre esos derechos asociados a la maternidad que, como se ha dicho, responden a la idea de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo y para la conciliación de su vida laboral y familiar soporta la mujer trabajadora, se encuentran, precisamente, el derecho a la excedencia laboral por cuidado de hijos (art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores) y el derecho a la reducción de jornada por razones de guarda legal (art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores).

En fin, recuerda por último el tribunal que también que la específica prohibición de discriminación por razón de género no sólo comprende la "discriminación directa", sino también la "discriminación indirecta", es decir, aquel "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 sexo".

Para finalizar, la respuesta del Tribunal Constitucional, acerca de si podía apreciarse una discriminación indirecta por razón de género, resultó especialmente rácana. Aunque se admite que sí, que, en efecto, de la decisión empresarial resulta una discriminación indirecta por razón de género, ello se hace mediante una fundamentación ciertamente escasa y carente de justificación objetiva. Para la resolución el método de cálculo usado por la empresa para asignarle a la trabajadora los períodos de descanso retribuidos por cada “saliente de guardia”, le ha provocado un “perjuicio efectivo y constatable” que ha generado, en este caso, un “trato peyorativo en sus condiciones de trabajo” fruto del ejercicio de un derecho asociado con la maternidad (como es el derecho a la reducción de jornada para el cuidado de hijos). Hasta aquí todo correcto, el problema es que más adelante se justifica la apreciación de discriminación en que “aunque aquel método es formalmente neutro, ha perjudicado a un número mayor de mujeres que de hombres (STC 91/2019), pues esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son mujeres médicos”, por lo que “al carecer la diferencia de trato de una justificación que la legitime, procede estimar la vulneración del derecho a la igualdad, sin discriminación por razón de maternidad, reconocido en el art. 14 CE”. Es decir, que el Tribunal Constitucional utiliza un concepto, no amplio, amplísimo, en la aplicación de la doctrina judicial.

Como se sabe, en estos casos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea viene concluyendo que la existencia de la desventaja que exige la apreciación de una discriminación indirecta por razón de género “podría quedar demostrada, entre otras formas, probando que una normativa como la controvertida en el litigio principal afecta negativamente a una proporción de personas de un sexo significativamente más alta que la de las personas del otro sexo” (STJUE de 8 de mayo de 2019, Caso V.V.L. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social), y siempre “que el juez nacional disponga de datos estadísticos, el Tribunal de Justicia ha declarado que el mejor método de comparación consiste en confrontar, por un lado, las proporciones respectivas de trabajadores que quedan y que no quedan afectados por la norma en cuestión dentro de la mano de obra masculina y, por otro lado, las mismas proporciones dentro de la mano de obra femenina. No basta con considerar el número de personas afectadas, ya que dicho número depende del número de trabajadores activos en todo el Estado miembro, así como de la proporción de trabajadores masculinos y de trabajadores femeninos en dicho Estado miembro”. No obstante, eso ha sido justo lo que ha hecho el Tribunal Constitucional, llegando a la conclusión de que en esta ocasión se perjudica a un número mayor de mujeres que de hombres por el simple hecho de que “esta demanda de amparo forma parte de una serie de recursos en que todas las recurrentes, a fecha del dictado de esta sentencia, son mujeres médicos”.

Parece, en fin, que el hecho de que en el año 2020 se hayan dictado poco más de media docena de sentencias similares a la que nos ocupa (168/2020 de 16 noviembre, 129/2020 de 21 septiembre, 128/2020, de 21 de septiembre, 124/2020, de 21 de septiembre, 120/2020, de 21 de septiembre, 90/2020, de 20 julio y 91/2020, de 20 de julio), justifica para el Tribunal Constitucional la constatación de una situación discriminatoria, seguramente mediante la utilización del criterio sentado por el Tribunal Europeo según el

cual “corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar en qué medida los datos estadísticos presentados ante él, que representan la situación de la mano de obra, son válidos y si se pueden tomar en consideración, es decir, si no constituyen la expresión de fenómenos meramente fortuitos o coyunturales y si, de manera general, resultan significativos”.

II. 71/2020 De 29 junio. Discriminación por razón de género. Licencias por hospitalización tras dar a luz. La novedosa “discriminación refleja”

La segunda de las resoluciones anunciadas resulta ser la sentencia número 71/2020, de 29 de junio, que se ocupa de nuevo de la discriminación por razón de género, tanto directa como indirecta. En esta ocasión se trataba de una enfermera del Servicio Vasco de Salud-Osakidetza, que solicitó la concesión de dos días de licencia por hospitalización de su hermana por razón de parto, invocando a tal efecto el art. 47 del Decreto 235/2007, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el acuerdo regulador de las condiciones de trabajo en el Servicio Vasco de Salud, que regula la “licencia por enfermedad grave, hospitalización o fallecimiento de parientes”, y donde se establece el derecho a dos días de licencia retribuida “en casos de hospitalización o enfermedad grave” de familiar dentro del segundo grado de consanguinidad (y dos días hábiles más, si los hechos que lo motivan se producen a más de 150 kilómetros del lugar de residencia del solicitante), exigiendo como único requisito el de aportar justificante de hospitalización del familiar, que fue lo que hizo la trabajadora. La empresa, sin embargo, denegó la licencia, por entender que el parto no está incluido en las previsiones de la norma, por lo que tendría que acreditar la existencia de causa para la hospitalización o la concurrencia de enfermedad grave.

A la vista de lo anterior, en la demanda de amparo se sostenía que la denegación infringe el derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de género (art. 14 CE), tanto de forma directa como indirecta. De forma directa porque el alumbramiento se produce únicamente por mujeres a quienes se les deniega la protección y cuidado de sus familiares al impedirles a estos últimos el acceso a la licencia destinada a procurar su cuidado y atención durante la hospitalización, y que está prevista para tal fin en el art. 47.1 del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo. Y de forma indirecta por cuanto que, si el familiar por quien el trabajador o trabajadora del Servicio Vasco de Salud solicita el permiso de hospitalización es una mujer, la dirección del centro correspondiente pregunta por el motivo del ingreso hospitalario, mientras que si la misma licencia se solicita por hospitalización de un familiar hombre la dirección no pregunta por el motivo, bastándole el certificado de hospitalización.

Así delimitado el objeto del pleito, el Tribunal Constitucional comienza (como no podía ser de otro modo) sintetizando la doctrina constitucional sobre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación (art. 14 CE), y en concreto sobre la discriminación por razón de género y las distintas manifestaciones de dicha discriminación reconocidas por dicha jurisprudencia. En este sentido, el Tribunal ha declarado, en relación con la cláusula de no discriminación por razón de género del art. 14 CE que, “a diferencia del princi-

pio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo 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 sólo 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". Recuerda, a su vez, que "la expresa exclusión de la discriminación por razón de sexo contenida en el art. 14 CE responde a la determinación del constituyente de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la mitad de la población. Pese a ello, a día de hoy las mujeres aún soportan situaciones de desigualdad y dificultades específicas que se traducen, entre otras consecuencias, en una menor incorporación de la mujer al trabajo o en una mayor dificultad para conciliar la vida personal, familiar y laboral, particularmente por razón de la maternidad". Ante esta realidad el Tribunal ha declarado "en su reciente STC 108/2019, FJ 3, que es necesario —tal y como reclama la sociedad y se refleja en la intervenciones del legislador— abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo ligado a la dignidad de la persona y valor de todo ser, y tutelar y favorecer el cambio de conciencia y convivencia que solo la paridad garantiza, fortaleciendo la tutela siempre que se constate (como señalara el Pleno de este Tribunal hace escasas fechas en la STC 91/2019, de 3 de julio, FJ 10) una desigualdad histórica que pueda calificarse de 'estructural', pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4). En definitiva, como señala la STC 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, 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".

Por lo que se refiere a las distintas formas de discriminación por razón de sexo que ha abordado la doctrina constitucional, estas se sintetizan en los siguientes términos: "Desde la STC 145/1991, de 1 de julio, este Tribunal incluye en la prohibición de discriminación del art. 14 CE tanto la discriminación directa como la discriminación indirecta. La primera consiste en un tratamiento perjudicial en razón del sexo en el que el sexo es objeto de consideración directa. Y respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, la doctrina constitucional ha asumido el concepto elaborado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, para referirse a aquellas medidas que, aunque formuladas de manera neutra, perjudican a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres: tales medidas están prohibidas salvo que estén justificadas por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo ... En la actualidad ambos conceptos se encuentran también expresamente recogidos tanto en el Derecho de la Unión Europea [art. 2.1) 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] como en el ordenamiento interno (art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, ley que incorpora el acervo comunitario sobre igualdad de sexos). La discriminación directa se define en el apartado primero del art. 6 de la Ley Orgánica 3/2007 como “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”. Y el art. 8 de la misma Ley especifica que “constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”. Mientras que el apartado 2 del art. 6 define la discriminación indirecta como “la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados”.

Con relación a la discriminación directa, el Tribunal ha declarado de forma reiterada y constante, que “comprende no solo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino también los que se funden en la concurrencia de condiciones que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca (por todas, y por referirnos a las últimas que lo afirma en esos estrictos términos, STC 2/2017, de 16 de enero, FJ 5), vinculando particularmente con esto último el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, toda vez que se trata de un elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. En este sentido, se afirma que ‘la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo’ (en el mismo sentido, por ejemplo, STC 162/2016, de 3 de octubre, FJ 6)”.

Por lo que se refiere a la discriminación indirecta, “cuando se denuncia una discriminación indirecta por razón de sexo, no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, sino que exista, en primer lugar, una norma o una interpretación o aplicación de la misma que produzca efectos desfavorables para un grupo formado mayoritariamente, aunque no necesariamente de forma exclusiva, por mujeres. Y, en segundo lugar, se requiere que los poderes públicos no puedan probar que la norma que dispensa una diferencia de trato responde a una medida de política social, justificada por razones objetivas y ajenas a toda discriminación por razón de sexo. En suma, como afirmamos en la STC 253/2004, ‘en estos supuestos, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el art. 14 CE debe producirse un tratamiento distinto y perjudicial de un grupo social formado de forma claramente mayoritaria por mujeres, respecto de bienes relevantes y sin que exista justificación constitucional suficiente que pueda ser contemplada como posible límite al referido derecho (FJ 7)’. La incorporación de la dis-

criminación indirecta como contenido proscrito por el art. 14 CE repercute en la forma de abordar el análisis de este tipo de discriminaciones, pues deberá atenderse necesariamente a los datos revelados por la estadística (STC 128/1987, de 14[sic] de julio, FJ 6), ya sean datos estadísticos aportados por el órgano judicial promotor de la respectiva cuestión de constitucionalidad o datos estadísticos actualizados de oficio por el Tribunal (STC 253/2004, FJ 8)".

Atendiendo a esa amplia y enjundiosa doctrina, el Tribunal Constitucional concluyó que la decisión empresarial vulneró el derecho de la trabajadora a no padecer discriminación por razón de género. La demandante alegaba que las resoluciones del Servicio Vasco de Salud vulneraban el derecho a la igualdad amparado por el art. 14 CE por incurrir tanto en discriminación directa como indirecta por razón de sexo. Argumentaba, en concreto, que incurre en la primera forma de discriminación al introducir un criterio diferenciador que afecta únicamente a las mujeres, a quienes se les deniega la protección y cuidado de sus familiares al impedirles a estos últimos el acceso a la licencia destinada a procurar su cuidado y atención durante la hospitalización prevista en el art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo. Consideraba que también incurre en discriminación indirecta porque cuando el familiar por quien el trabajador o trabajadora del Servicio Vasco de Salud solicita el permiso de hospitalización es una mujer la dirección del centro correspondiente pregunta por el motivo del ingreso hospitalario, mientras que si la misma licencia se solicita por hospitalización de un familiar hombre basta con el certificado de hospitalización.

En este caso, la administración sanitaria autonómica lleva a cabo una interpretación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo que implica un trato de la mujer hospitalizada por razón de alumbramiento que es diferente del que se otorga al hombre hospitalizado. Trato desigual que se fundamenta en un hecho biológico, el parto, directamente asociado al embarazo y la maternidad y que, por tanto, incide de forma exclusiva sobre las mujeres. Tal interpretación trae causa de los criterios adoptados en la reunión de la comisión paritaria del acuerdo celebrada el día 13 de febrero de 2004, que consideró que "existe hospitalización cuando ésta sea asimilada a la enfermedad grave", y en virtud de los cuales el Servicio Vasco de Salud considera que entre los supuestos que dan derecho a la licencia del art. 47 acuerdo regulador de las condiciones de trabajo no está incluida la hospitalización por parto, salvo que se acredite que a raíz del mismo concurre otra causa para la hospitalización o una enfermedad grave. Ello pese a que el art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo recoge como dos supuestos diferenciados por los que solicitar la licencia, por una parte, la enfermedad grave y, por otra, la hospitalización, sin distinguir entre las causas que motivan esta última ni condicionar el disfrute de la licencia a la concurrencia de otro requisito. De modo que del tenor literal de la misma no se infiere que quepa interpretar que la hospitalización ha de serlo por enfermedad, y que se excluye la hospitalización por parto, por no ser el parto una enfermedad.

Su aplicación en estos términos, supone una diferenciación que implica un trato menos favorable tanto para las mujeres hospitalizadas como para los empleados o empleadas del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por hospitalización de mujeres de su familia. A diferencia de lo que ocurre cuando se solicita la licencia por hospitalización

de un hombre, cuando un empleado o empleada solicita la licencia por hospitalización de una mujer la Administración requiere que se justifique no solo el ingreso hospitalario del familiar, sino también el motivo de dicho ingreso a fin de determinar si se trata de un caso de hospitalización por alumbramiento en el que no concurra enfermedad grave de la mujer, y denegar la licencia en estos casos. De modo que, por una parte, se priva en estos supuestos a los empleados y empleadas del Servicio de Salud Vasco de una licencia a la que tiene derecho conforme al acuerdo regulador vigente. Por otra, a las mujeres hospitalizadas por esta razón se les priva de que sus familiares puedan facilitarles asistencia durante la hospitalización por parto, con el apoyo de esta medida.

En este caso, sin embargo, el tribunal entiende que la lesión del art. 14 CE por discriminación por razón de género no encaja fácilmente en las categorías de discriminación directa o indirecta. Básicamente por lo siguiente: 1) comenzando por la discriminación indirecta, la interpretación y aplicación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo no puede categorizarse como una discriminación indirecta a la luz de la doctrina constitucional, ya que en este caso no se está ante una interpretación o criterio formulado de manera neutra ni aparentemente neutra, pero que perjudique a un porcentaje muy superior de mujeres que de hombres, antes al contrario, excluye abiertamente la aplicación de la medida a los supuestos de hospitalización por razón de parto cuando, obviamente, solo las mujeres son hospitalizadas por esta razón para recibir la asistencia médica necesaria, por lo que se trata, en definitiva, de una interpretación que se fundamenta en un motivo directamente relacionado con el embarazo y la maternidad y que, en principio, implica una discriminación directa de la mujer; y 2) la característica o condición que conlleva la discriminación directa por razón de género (el alumbramiento) no se sitúa en la persona que solicita acogerse a la licencia como medida, sino que la discriminación se refiere al familiar hospitalizado.

Estas circunstancias, sin embargo, no impidieron al tribunal concluir que se ha vulnerado el art. 14 CE por incurrir la Administración en una discriminación directa por razón de género. La razón es que “lo determinante en las decisiones de la Administración por las que se denegó la licencia a la recurrente es una interpretación del art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo que se funda en un criterio directamente discriminatorio por razón de sexo en relación con los supuestos de hospitalización que dan derecho a dicha licencia (al excluir la hospitalización por alumbramiento y, en definitiva, por causa de maternidad, un valor protegido conforme a nuestra jurisprudencia)”. Y es que, “tal discriminación proyecta también consecuencias negativas o perjudiciales, además, sobre las empleadas o empleados del Servicio Vasco de Salud que solicitan la licencia por asistir a su pariente hospitalizada. Se les deniega así, por un motivo discriminatorio prohibido por el art. 14 CE, la posibilidad de acogerse a dicha licencia para prestarles su ayuda, menoscabando a su vez sus derechos. En definitiva, dichos familiares sufren las consecuencias de una discriminación por razón de sexo prohibida por el art. 14 CE, de manera refleja, por su vinculación familiar con la mujer que está hospitalizada por parto”.

Es lo que el Tribunal Constitución denomina, de forma novedosa, como “discriminación refleja”, esto es, “cuando una persona es tratada de forma menos favorable por causa

de su vinculación o asociación con otra que posee uno de los rasgos o características protegidas (o las causas de discriminación prohibidas), pese a no poseer dicha característica en quien alega el trato discriminatorio". En este sentido se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que en su sentencia de 17 de julio de 2008 (asunto C-303/06, *Coleman*), que ha procedido a una interpretación amplia del alcance de los supuestos protegidos por la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, al declarar que se incurre en discriminación directa cuando una persona es tratada de forma menos favorable por razón de uno de los rasgos o características protegidos, aunque no concurran en ella misma, si el motivo del trato menos favorable se fundamenta en dicha característica. En el mencionado asunto *Coleman*, en el que la Gran Sala aborda en concreto un supuesto de discriminación por razón de discapacidad, se declara que los objetivos y el efecto útil de esta Directiva "se verían comprometidos si un trabajador que se encuentre en una situación como la de la demandante en el litigio principal no pudiera invocar la prohibición de discriminación directa establecida en el artículo 2, apartado 2, letra a), de la misma Directiva cuando se haya probado que ha recibido un trato menos favorable que el que recibe, ha recibido o podría recibir otro trabajador en situación análoga, a causa de la discapacidad de un hijo suyo, y ello aunque el propio trabajador no sea discapacitado". De igual forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado en su sentencia de 22 de marzo de 2016 (asunto *Guberina contra Croacia*, parágrafo 79) que el trato menos favorable recibido por el recurrente por causa de la discapacidad del hijo a su cuidado es una forma de discriminación por razón de discapacidad, prohibida por el art. 14 del Convenio europeo de derechos humanos, aunque el propio recurrente no sufra de discapacidad alguna.

Y eso es justo lo que sucede en este caso, el factor prohibido (la discriminación por razón de género) constituye el fundamento de la denegación de la licencia solicitada conforme al art. 47.1 c) del acuerdo regulador de las condiciones de trabajo, ocasionándole también un perjuicio laboral a la solicitante, aunque no sea en ella, sino en su hermana, en quien concurra la condición que da lugar a la discriminación (la hospitalización por razón de parto). En esas circunstancias, y para hacer efectiva la prohibición de discriminación por razón de género contenida en el art. 14 CE, es preciso una vez más "abundar en esa protección, ampliar y desplegar su sentido profundo (STC 108/2019, FJ 3) concluyendo, en consecuencia, que la aplicación en estos términos del art. 47.1 c) del acuerdo tantas veces citado por el Servicio Vasco de Salud en las resoluciones por las que denegó a la recurrente la licencia por hospitalización de su hermana, es contraria a la prohibición constitucional específica de actos discriminatorios por razón de sexo, lesionando a su vez de manera refleja el derecho de la recurrente a la igualdad y a la no discriminación".

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

GRAU PINEDA, C. *La brecha de pensiones en España*. Albacete: Bomarzo, 2021. ISBN: 978-84-18330-32-2. 137 p.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6146>

Carmen Grau Pineda, profesora Titular de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, analiza de manera brillante en su última monografía “La brecha de las pensiones en España”, publicada por la Editorial Bomarzo, en diciembre de 2020, los efectos que tienen las peores trayectorias laborales de las mujeres en sus carreras de seguro.

A lo largo de siete capítulos y un interesantísimo epílogo se analizan, con sumo detalle, todas las medidas impulsadas por el legislador con el objetivo de reducir la brecha pensional, si bien, con certero criterio, distingue la autora entre aquellas acciones que tratan de conseguir este propósito de forma directa (como las ficciones en la cotización), de aquellas otras indirectamente implicadas en tal propósito, como es el caso del permiso por nacimiento, la gestión flexible del tiempo y lugar de trabajo, el trabajo a tiempo parcial o el empleo doméstico.

Las primeras, suponen la atribución de cotizaciones ficticias, en unos supuestos tasados, con el fin último de subsanar (siquiera parcialmente) las dificultades femeninas en materia de acreditación de cotizaciones debidas a la maternidad y los cuidados.

Las segundas, se mueven más en la línea de facilitar la conciliación/corresponsabilidad sea a través de permisos, sea a través de posibilidades organizativas varias de la prestación de servicios (jornada, lugar), sea a través del recurso al empleo doméstico como alternativa privada de las familias.

La profesora Ramos Quinta, que asume la labor de prologar esta monografía, recuerda en el mismo la célebre cita de Mary Chinery-Hesse, primera directora adjunta de la OIT, cuando advertía que “todas las mujeres son mujeres trabajadoras”: o trabajan en el hogar, o trabajan en el empleo remunerado. No obstante, el trabajo para el hogar y la familia continúa quedando extramuros de lo que se califica como trabajo productivo y, por tanto, sigue estando excluido de lo que es considerado como sistema de producción (pese al elevado valor económico que aquél comporta). Y es innega-

ble que el mayor trabajo de las mujeres en el hogar es causa directa de su menor participación en el mercado de trabajo productivo: se trata de una infra participación indisoluble con la mayor asunción de responsabilidades familiares, determinante, a su vez, de la mayor tasa de ocupación en el trabajo a tiempo parcial de carácter involuntario que registran.

Tras identificar los factores causantes de discriminación de las mujeres sobre los hombres en el mercado de trabajo, entre los que se han de señalar la diferencia salarial, la existencia de mayores períodos de interrupción por cuidado de hijo o familiares o el mayor uso de las instituciones de conciliación, la profesora Grau analiza brillantemente la batería de medidas que, en el ámbito de la Seguridad Social, tratan de permitir a las mujeres alcanzar carreras de seguro que les permitan generar derechos propios. Esta actuación es coherente con las líneas de actuación aprobadas en el Pacto Europeo por la Igualdad de Género (2011-2020), reiteradas en la Estrategia Europea para la igualdad de género 2020-2025, en clave nacional, también con la Recomendación del Pacto de Toledo, relativa a “Mujer y protección social” y con el RD Ley 3/2021, pues en todos ellos se parte de la necesidad de valorar la dimensión de género en materia de pensiones, aunque sus resultados son ciertamente modestos.

La autora también incluye un capítulo específico dedicado al empleo doméstico. A pesar de las declaraciones programáticas del Gobierno español en relación a la próxima aprobación del Convenio 189 OIT, da la sensación de tratarse de un convenio que ha caído en el olvido y que, salvo la insistencia recurrente del todavía incipiente movimiento asociativo, ha sido imbuida por una desidia que imposibilita la necesaria acción política. Y a este respecto, la profesora Grau Pineda recuerda “que España podría haber ratificado el Convenio 189 desde el día siguiente a su aprobación y haber llevado a cabo las modificaciones/adaptaciones normativas precisas sin solución de continuidad, nadie lo pone en duda. Pero no se ha optado por esa posibilidad y, en estos momentos de impasse, conviene insistir en que la ratificación del Convenio 189, además de ser una cuestión de justicia social, es importante también en términos económicos y de seguridad social”.

La obra que ahora se presenta señala los efectos perniciosos de una brecha prestacional,

que supera el 34%. Termino esta reseña parafraseando a su autora con la conclusión con la que se cierra la obra que aquí se presenta “superar la desigualdad de género cuyo máximo exponente de las brechas laborales, sea cual sea el adjetivo calificativo que las acompañe, ha de constituirse en un elemento transformador, en un reto de futuro. Representa, pese a los negacionistas, una necesidad absoluta en términos sociales, pero también económicos.

Y el mercado de trabajo no va a lograrlo sólo. Necesita de un Estado intervencionista que ve hicule, a través del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y su carácter tutelar o tuitivo de la clase trabajadora, todas las medidas de acción positiva necesarias para conseguirlo”.

Patricia Nieto Rojas
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-3734-3392

SIERRA HERNÁIZ, E., VALLEJA DACOSTA, R. (Directoras); PEDROSA ALCÁZAR, S. I. (Coordinadora). *Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas*. Navarra: Aranzadi, 2020, 650 p. ISBN: 9788413468273,

<https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6147>

Bajo la magistral dirección de las profesoras Sierra y Vallejo, reputadas especialistas en materia de igualdad con múltiples publicaciones en la materia, tengo el honor de presentar la obra coral, coordinada por la profesora Pedrosa Alcázar, sobre "Diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas". La misma efectúa un abordaje multidisciplinar de la materia con 26 aportaciones de juristas (laboralistas, penalistas, fiscalistas), sociólogos, lingüistas y también consultoras expertas en género, Equala, que incorpora la visión aplicada de la igualdad en la empresa.

En esta monografía, de clarísima actualidad tras la aprobación de los RD 901/2020 y 902/2020, que entró en vigor el pasado 14 de abril, se analiza, con un enfoque transversal y multidisciplinar, las principales cuestiones para un correcto diseño e implementación de planes de igualdad en las empresas. La excelente monografía, que ha contado con la financiación de la Universidad Pública de Navarra, y la colaboración del Excmo. Colegio de Graduados Sociales de Navarra y Aragón, centra su atención en los planes de igualdad, cuya elaboración es obligatoria según se establece en 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".

La obra colectiva aborda la necesidad de la promoción de la igualdad en el ámbito empresarial, se plantea cómo realizar el análisis para interpretar esa desigualdad y se aclaran conceptos como la conciliación o los cuidados. Además, también se trata la importancia del lenguaje y la comunicación en el diseño de los planes, así como la fortaleza que pueden tener las medidas de acción positiva para combatir la infrarrepresentación de las mujeres en la empresa, con ejemplos de buenas prácticas.

Respecto al contenido de la obra, en la primera parte se abordan las fases y aspectos claves para poder negociar planes de igualdad en las empresas desde una triple perspectiva de análisis: jurídica, sociológica y con la nece-

saria inclusión de una política de lenguaje inclusivo, elaborada esta parte por la profesora Romera Ciria. Habida cuenta que la negociación de los planes de igualdad es, por decisión del legislador, objeto de negociación colectiva, la profesora Vallejo insiste en la obligación empresarial de "hacer todo lo posible por negociar de buena fe, ya desde el diagnóstico de situación de las condiciones laborales aplicables a la empresa, a la política de gestión de recursos humanos".

Tras este primer capítulo conceptual, de obligada lectura, la profesoras Alemán Zuloaga, del Departamento de Sociología y Trabajo Social de la Universidad Pública de Navarra, ofrecen "un marco teórico y herramientas conceptuales para analizar y comprender cómo opera la desigualdad entre hombres y mujeres". El efecto que tiene en las trayectorias laborales de las mujeres la asunción de los cuidados es abordado por la profesora Elizalde en el tercer capítulo de esta obra, alertando de que "el modelo actual de conciliación en España no ha incorporado de manera suficiente la igualdad de género", conclusión que también alcanza la profesora Pedrosa, coordinadora de esta obra, cuando aborda las medidas de corresponsabilidad en las empresas en el capítulo decimoquinto de esta monografía.

En el segundo bloque del libro, la profesora Torrente Gari, de la Universidad de Zaragoza, analiza conceptos básicos para la consecución de la igualdad en la empresa, centrando su atención en la noción de discriminación directa e indirecta y en las medidas de acción positiva y su aplicación en la empresa. Sobre acciones positivas y los criterios de admisibilidad reflexiona una de las mejores exponentes del estudio de las mismas en nuestro ordenamiento, la profesora Sierra Herráiz, que lamenta que el RD Ley 6/2019 ha sido "una oportunidad perdida para delimitar conceptualmente las medidas de acción positiva y establecer sus límites", aunque en un ánimo constructivo termina este bloque identificado una serie de buenas prácticas ya pactadas en planes de igualdad. Esta parte de la obra termina con un excelente capítulo elaborado por el profesor Goñi sobre las principales aportaciones de la doctrina constitucional en la materia.

Con el objetivo de mejorar la transparencia e ir eliminando la brecha salarial, aspectos que analizan con profusión las profesoras Echávarri y Martínez de Moretín, el RD

902/2020 crea nuevas obligaciones empresariales tendentes a la consecución de este propósito, cuyo estudio acomete con gran magisterio la inspectora de trabajo, Ana Belén Alonso Álvarez. En el marco de esta nueva regulación, la tercera parte de la obra aborda aspectos relacionados con la brecha salarial, las medidas tributarias como instrumento de acción positiva o la necesidad de revisión del régimen fiscal de la declaración conjunta del IRPF, en dos capítulos elaborados por los fiscalistas Hugo López y Marina Castro.

El cuarto bloque de la obra aborda la integración de la igualdad de género en las organizaciones no solo como una obligación jurídica sino también como una variable de gestión de los Recursos Humanos. Y así, el profesor Ramos Villagrassa, de la Universidad de Zaragoza, reflexiona acerca de los procesos de selección de personal, mientras que el profesor Hernández Trasobares, también de la Universidad de Zaragoza, estudia la valoración de puestos de trabajo desde la perspectiva de género, siendo de objeto de atención por la profesor Bericat Alaustey, los planes de carrera y la salud laboral con perspectiva de género, con una excelente aportación de una de las codirectoras de la obra, la profesora Sierra. Este bloque termina con el capítulo elaborado por el inspector de

trabajo Sergio Bescós sobre las actuaciones de vigilancia y control en la implantación de los planes.

Termina esta monografía con el análisis de la situación de violencia contra las mujeres en la sociedad con un trabajo del profesor Boírra Sarto de la Universidad de Zaragoza, y con un riguroso estudio de las medidas preventivas frente al acoso sexual y por razón de género en la empresa efectuado por la profesora López Rubia, de la Universidad del País Vasco, y también con un magnífico análisis del delito de acoso, en sendos capítulos, redactados por las profesoras Olaizola y Jericó, de la Universidad Pública de Navarra. Cierra la obra la aportación de la profesora Blázquez Agudo, de la Universidad Carlos III de Madrid, sobre la implantación de los planes de igualdad en la Administración pública, y del profesor González Labrada, de la Universidad de Zaragoza, sobre planes de igualdad y contratación en el sector público.

En suma, una obra que, sin duda, se ha convertido en un referente en la materia, así como una potente herramienta para la consecución de la igualdad en las organizaciones.

Patricia Nieto Rojas
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0003-3734-3392

VENTURA FRANCH, A. e IGLESIAS BÁREZ, M. (Coords.). *Manual de Derecho Constitucional Español con Perspectiva de Género*. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2020, 482 p. ISBN: 978-84-1311-243-5.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6148>

Si tradicionalmente el Derecho Constitucional ha sido la rama jurídica que estudia la ordenación del poder estatal y las relaciones del Estado para con la ciudadanía y sus derechos, no es menos cierto el alejamiento estructural de la mujer de la cúspide de la doctrina científica constitucionalista, sistémico durante décadas aún con la llegada de la democracia. Esto explica que estas relaciones de poder se han concebido en masculino, apartando de la toma de decisiones a la mayoría mayoritaria de la población (lo que es tan redundante como real). Y, desde esta perspectiva, la de la Teoría Feminista, arranca una obra que la Red Feminista de Derecho Constitucional nos presentó en 2020 pero que es el culmen de años de esfuerzo desde su creación. La obra cuenta con diecinueve temas divididos en cinco bloques temáticos que abordan la parte orgánica de la Constitución en su primer volumen: el sistema sexo/género en la Teoría del Estado y de la Constitución (I), Derecho Constitucional histórico y proceso constituyente del 78 (II), sistema constitucional de fuentes del Derecho y perspectiva de género (III), órganos y poderes (IV) y organización territorial del Estado (V).

Así, se presenta ante nosotros esta obra inédita que introduce la perspectiva de género ya no sólo como una categoría de análisis que se aborde exclusivamente dentro del derecho fundamental a la igualdad entre mujeres y hombres o desde el paradigma de la presencia equilibrada en la toma de decisiones. No, la perspectiva de género pasa a ser un *principio vertebrador en la construcción de un nuevo Derecho Constitucional*. Así, surge un verdadero manual académico-científico que pretende sobrepasar de una vez por todas la exclusión de la mujer como sujeto constitucional. Todo ello para que la Constitución sirva de base y fundamento para culminar una revolución de riguroso carácter científico, la del feminismo académico, que no pretende más que dotar de efectividad a la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres.

Como se ha adelantado el Bloque I analiza el sistema sexo-género en la Teoría del Estado y de la Constitución, partiendo de un primer Tema que parte de la Teoría Feminista como base crítica, que siempre puso en cuestión la suficiencia de la igualdad formal, para reformular la Teoría del Estado y del Derecho. Desde el principio, desde un plano histórico-político, la obra se adentra así en la necesidad de concebir y dar a luz *un nuevo pacto, el de la Democracia Paritaria*. En el Tema II, se aborda el constitucionalismo multinivel destacando su contribución natural de abrir espacios de *permanente construcción* y renovación de la Constitución, garantizando así una *integración constitucional* de los Estados. En este sentido, se abordan los aportes de la Unión Europea y el Consejo de Europa en tanto que su producción normativa y jurisprudencial (TJUE y TEDH). Fundamentalmente así, se ha hecho posible que el género sea hoy abordado de forma transversal a la hora de legislar y configurar políticas públicas, transformando así la regulación normativa de los procesos de toma de decisiones: la igualdad real, las acciones positivas, hasta llegar al principio de presencia equilibrada. En definitiva, los frutos de la interacción del feminismo y el constitucionalismo multinivel que han integrado la igualdad entre mujeres y hombres (*subprincipio*) dentro del principio democrático. Este Bloque I concluye con un tercer Tema, que aborda el viejo problema del lenguaje sexista presente en la elaboración de la constitución y sienta doctrina para generar nuevas formas de *lenguaje constitucional inclusivo*.

El segundo de los bloques comienza abordando, desde un marco histórico, el Derecho Constitucional español y su relación con la perspectiva de género. Así, el Tema IV concluye señalando la ausencia de la perspectiva de género de la Constitución del 78, pero poniendo en valor el instrumento para la construcción de una igualdad efectiva entre mujeres y hombres, fruto de la conciencia feminista de las “*madres constituyentes*”: la consideración de la igualdad como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE), principio formal y material (arts. 14 y 9.2 CE) y, a su vez, un auténtico derecho fundamental: el derecho a no ser discriminado. El Tema V aborda los principios constitucionales desde la perspectiva de género, destacando la ausencia de la conciencia femenina en su elaboración y sus carencias en lo que explica por sí sola la ausencia total en la consideración de igualdad del sujeto femenino respecto al masculino.

El Bloque III relaciona la perspectiva de género con el sistema constitucional de Fuentes del Derecho, con cinco temas que abordan desde las bases del constitucionalismo hasta hoy la evolución de la materia. Parte de la transformación del Estado Liberal surgido con las primeras Declaraciones de Derechos en Estado Social, desde la lógica de que la Constitución es como forma de organización social, fruto de un pacto social y que precisamente por ello pasa a ser concebida una expresión de *deber ser* racional que deja de separar Estado y ciudadanía y que, por ende, abre la puerta a la reforma constitucional con el fin de dar cumplimiento al art. 9.2 CE de tal forma que desaparezcan las estructuras patriarcales que persisten en la Norma Suprema para *introducir a las mujeres como sujetos constitucionales*, política y jurídicamente (Tema VI). En el Tema VII van a ser abordados en concreto el sistema de fuentes y los principios constitucionales de ordenación del Estado: eficacia horizontal y directa de la Constitución, en tanto norma primera del ordenamiento; seguridad jurídica, jerarquía normativa, legalidad etc. Y, en concreto, se abordan las normas internacionales y del Consejo de Europa, así como el derecho constitucional antidiscriminatorio interno -entre otras normas, la LOIEMH- que es consecuencia misma de un sustrato constitucional (art. 10.2 CE), al surgir del principio rector o mandato de optimización del art. 9.2 CE. En el Tema VIII, se va a abordar el Derecho de la Unión Europea y, su conexión y relaciones con el sistema de fuentes constitucional. Especialmente se van a analizar las normas de Derecho originario y derivado que se han dictado a nivel de la Unión en materia de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y que ha reformulado los ordenamientos internos en aras de una mayor igualdad real y efectiva. En el Tema IX se aborda el Derecho del Estado: la ley y las normas con rango de ley aprobadas por el Gobierno, con una especial referencia a la LOIEMH, que es la norma que *supuso un cambio de paradigma en el entendimiento de la igualdad entre hombres y mujeres por parte del legislador español* y que en gran medida viene precedida por el Derecho supranacional internacional y regional que, con carácter lógico desde el punto de vista metodológico se explica como antecedentes de la LOIEMH propiamente dichos. Finalmente, el Tema X va a abordar el Derecho de las Comunidades Autónomas: el sistema autonómico de fuentes y las relaciones

con el ordenamiento estatal (marco competencial, principios de prevalencia y supletoriedad, leyes marco, de delegación y transferencia o de armonización), los Estatutos de Autonomía y las normas emanadas de los órganos autonómicos. Haciendo hincapié en las normas dirigidas a la prevención y erradicación de la violencia de género y la igualdad, prestando especial atención a los *mecanismos de acción positiva*: conciliación de la vida familiar, personal y laboral; promoción profesional de la mujer, así como su participación social y política.

En el Bloque IV se abordan los órganos y poderes del Estado y sus funciones desde la óptica del principio de paridad democrática, abordando la Corona (Tema XI), el poder legislativo (Tema XII), el poder Ejecutivo y la Administración Pública (Tema XIII) o el poder judicial (Tema XIV); así como otros órganos constitucionales del Estado como son el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas (Tema XV) y, prestando especial atención al Tribunal Constitucional y su conexión con el principio de paridad (Tema XVI). Con el paso de los años, la llegada de mujeres a las cámaras legislativas ha ido en aumento, hoy es mayor el número de mujeres que ejercen cargos representativos gracias a la introducción del principio de paridad o composición equilibrada en la LOREG. Sin embargo, queda pendiente extender la democracia paritaria hacia el seno de las cúspides de algunos poderes del Estado, como es el caso del CGPJ, asuntos que entre otros se abordan en esta construcción de un nuevo Derecho Constitucional.

Y, para finalizar, el último y quinto Bloque del manual aborda la organización territorial del Estado, poniéndola en relación con los principios de igualdad y solidaridad y, a su vez, el género. Así, se aborda la organización institucional de las Comunidades Autónomas y los procesos de iniciativa y aprobación estatutaria, así como la reforma del Estatuto de Autonomía, poniendo especial énfasis en la adaptación de los Estatutos de Autonomía a la LOIEMH, además de reseñar el papel de las autonomías en la producción y elaboración de políticas de igualdad entre mujeres y hombres (Tema XVII). Se analizan las competencias, financiación y relaciones entre sí de las Comunidades Autónomas y, con el Estado, prestando especial importancia a sus competencias sobre igualdad entre mujeres y hombres (Tema XVIII) para acabar por tratar los Entes Locales (Tema XIX).

Por vez primera, ha visto la luz un Manual de Derecho Constitucional en el que la perspectiva de género no es un capítulo más, sino que es el hilo conductor de la enseñanza y formación de una disciplina jurídica. En medio de un debate sobre si procede la implantación de la enseñanza sobre igualdad con carácter transversal o, en cambio, parcelada, este manual no hace otra cosa sino implícitamente dar sentido a lo primero, partiendo de que la igualdad entre mujeres y hombres es un elemento consustancial a la democracia. Reivindicando así precisamente la docencia, la investigación, la enseñanza y la formación con carácter multidisciplinar y transversal en dicha materia. Sólo esto hace posible que la perspectiva de género se consolide como categoría de análisis jurídico, no desde un plano meramente teórico, sino precisamente llevando a la práctica las conclusiones a las que llegan las personas que han hecho posible que a partir de ahora podamos impartir docencia e investigar a partir de las ideas de este manual. El mismo es también una buena herramienta para el estudiantado universitario, dada la claridad del contenido y la estructura sistemática del manual que ha sabido plasmar esa enseñanza primaria de todo mortal: saber de dónde venimos para saber hacia dónde vamos.

Esa labor de resignificación del Derecho Constitucional es un sueño cumplido, pues la propia autoría lo ha presentado como *la culminación de un sueño*. Un sueño que dejó de ser sueño para convertirse en realidad definitivamente aquel día 9 de julio de 2020 en el que se presentó el manual en el Paraninfo de la Universidad de Salamanca, cuya editorial ha sido la privilegiada de dar a luz a tan grata obra. En este sentido, no podré olvidar nunca las palabras Julia Sevilla Merino, profesora emérita de la Universidad de Valencia, una de las mayores exponentes en la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres en el constitucionalismo contemporáneo, que aquel día agradeció al estudio salmanticense el haber hecho posible dar a luz tan grata obra. Julia, recuerdo tus palabras de ese día y te diré que el trabajo de la Red Feminista de Derecho Constitucional y de sus integrantes en primera persona ya traído sus frutos. Como bien dijiste *"estábamos sobre todo convencidas de que el Derecho Constitucional no se podía enseñar sólo desde la mitad, sólo desde la perspectiva masculina"*.

Sergio Martín Guardado
Universidad de Salamanca
ORCID ID: 0000-0003-0116-5301

ARAGÓN GÓMEZ, C. y NIETO ROJAS, P. *Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación*. Madrid: Wolters Kluwer, 2021, 360 p.

<https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6149>

Cristina Aragón y Patricia Nieto son profesoras de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia y de la Universidad Carlos 3 de Madrid, respectivamente. Ambas cuentan en su haber con múltiples publicaciones en relación a los planes de igualdad, habiendo, además, participado en contratos con el Instituto de la Mujer para evaluar a empresas que, voluntariamente, querían implantar planes de igualdad.

Presentan al lector interesado una monografía que lleva por título “Planes de igualdad en las empresas. Procedimiento de elaboración e implantación” en la que logran, con claridad meridiana y grandes dosis de clarividencia, armar el puzzle que supone elaborar un plan de igualdad en los momentos presentes. Y lo hacen de forma exitosa desde una doble perspectiva: primero, por tratarse de un tema de rabiosa actualidad. La lucha por la igualdad real se ha ido imponiendo ante la incapacidad del reconocimiento formal de la misma para solventar una problemática multifacética. Dicho de otro modo, habiendo resultado ineficaz dejar al arbitrio o consideración de los agentes que operan en las relaciones laborales la implantación de medidas tendentes a la igualdad real, el legislador se ha visto compelido a dotar de fuerza coercitiva, de carácter preceptivo a instrumentos como los planes de igualdad ya previstos en la LOI 3/2007 y que perfectamente podían haber sido implementados de forma voluntaria. Pero no ha sido así. Y, segundo, porque ofrecen un tratamiento integral, teórico-práctico, de la elaboración e implantación de los planes de igualdad en la persecución del objetivo general de la igualdad de trato y oportunidades en el espacio intraempresarial que a buen seguro será de sumo interés y gran utilidad a los sujetos implicados en este proceso.

Como bien señala el Profesor Mercader Uguina, prologuista de esta obra, “la discriminación por razón de sexo o, si se prefiere, de género, requiere atacar las raíces culturales que han servido para construir esa diferencia arbitraria e irracional en la adjudicación a la mujer de beneficios y posiciones. Transformar

esa concepción y hacer de la mujer un sujeto en igualdad de condiciones con el hombre exige introducir en la acción social nuevas pautas que, de forma progresiva, modulen las caducas estructuras patriarcales y den lugar a un verdadero cambio axiológico”. Y, en este sentido, uno de los logros de la acción legislativa en esta materia ha sido situar a la negociación colectiva en el epicentro de esta acción transformadora que supone integrar la persecución de la igualdad de trato y de oportunidades en la cultura empresarial. Como ya pasara en la década de los noventa del siglo pasado con la prevención de riesgos laborales, se antoja misión harto complicada pero nos jugamos mucho como sociedad en conseguirlo. Y, no cabe la menor duda de que la negociación colectiva, y los planes de igualdad lo son y supondrán un valioso instrumento para conseguirlo.

Proponen las autoras un recorrido en el que van aportando gran cantidad de claves, despejando multitud de interrogantes, cuya expertas desbrozadoras de maleza, hasta conseguir evidenciar el panorama resultante de las sucesivas normas reglamentarias que han venido a completar las previsiones originariamente contenidas en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pero completadas más recientemente por normas como 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, el Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo o el Real Decreto 902/2020, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres.

La estructura sistemática de la obra, que incluye diez capítulos, permite ir progresivamente avanzando desde un acertado epílogo en el que se aborda la renovada apuesta por las planes de igualdad en la normativa legal hasta sus diferentes fases. Con trazo impecable, son capaces las autoras de abordar desde la extensión subjetiva de la obligación legal de contar con plan de igualdad (en función de la plantilla y de forma paulatina), hasta el contenido mínimo obligatorio y material del mismo, pasando por el procedimiento de negociación. De tal modo y manera que, cuando una quiere darse cuenta ya ha llegado a la parte final en la que tras pasar

revista a los incentivos previstos por la norma para fomentar la igualdad en la empresa y las consecuencias del incumplimiento de los obligaciones en relación con los planes de igualdad, se llega a un último capítulo de gran utilidad práctica. En él se formula una propuesta de diagnóstico pormenorizada que persigue facilitar en gran medida la labor de los operadores jurídicos en este sentido. Y, por si fuera poco, se acompaña la obra con un anexo que incorpora gran cantidad de formularios estructurados por temas, incluidas las complejas herramientas de comprobación o checklist.

En definitiva, una obra redonda por completa, pero sobre todo, por práctica y útil, lo que es de agradecer por aquellos y aquellas que deban enfrentarse a la ingente tarea de elaborar e

implantar un plan de igualdad. En la forma que tienen las autoras de conjugar las explicaciones académico-técnicas y dar pautas prácticas, se evidencia el dominio en la materia, la familiaridad con que manejan conceptos y son capaces de formular interrogantes y responderlas al mismo tiempo. Es evidente que sus esfuerzos se han dirigido a servir de base y orientación para todos los que se mueven en el mundo de la práctica laboral y, precisamente por ello, nos encontramos ante una obra de contenido práctico que se enfrenta cara a cara a la complejidad de una materia como ésta.

Carmen Grau Pineda
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria
ORCID ID: 0000-0003-0274-8875

VARIA

Crónica del acto institucional del 8 de marzo. Igualdad de las Mujeres de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y Seguridad Social (AEDTSS)

Chronicle of the institutional act of 8 March. Women's Equality of the Spanish Association of Labour Law and Social Security (AEDTSS)

CONCHA SANZ

Universidad de Castilla-La Mancha

ORCID ID: 0000-0001-9783-9272

Recibido: 9/3/2021

Aceptado: 26/3/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6150>

El Día Internacional de las Mujeres se celebra en muchos países del mundo como parte de un siglo de lucha por la igualdad, la justicia, la paz y el desarrollo. Es una fecha ineludible en la agenda de las instituciones desde que Naciones Unidas celebró su primera conmemoración en 1975, coincidiendo con la celebración del Año Internacional de la Mujer y, sobre todo, a partir de 1977 con la aprobación de la resolución que proclama el 8 de marzo como Día Internacional de la Mujer.

El 8 de marzo, por tanto, es una fecha destacada en el calendario internacional para recordar que la desigualdad de género aún es una realidad en todo el mundo y que si bien han sido muchos los logros alcanzados quedan muchas injusticias por superar.

Por todo ello un año más, la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en colaboración con el Consejo Económico y Social y la Universidad Rey Juan Carlos, el 4 de marzo y en modalidad *online*, como auténticos conoceedores de las necesidades reales de la ciudadanía y conscientes de la potencialidad de la igualdad, quieren que este acto institucional del día Internacional de la mujer sirva para debatir las maneras de impulsar la "Igualdad de género, sistema de clasificación profesional y valoración de puestos de trabajo".

Dña. María Emilia Casas Baamonte, en su función de presidenta de la AEDTSS a las 9.30 h. procede a la presentación de la jornada agradeciendo el gran éxito obtenido en la esta cuarta convocatoria en que la Asociación junto al CES realizan este acto institucional (casi 400 personas inscritas).

Nos recuerda al mismo tiempo, que el año pasado este acto de la Asociación fue el último presencial antes de la situación de pandemia que aún en la actualidad mantenemos y por ello la realización del mismo este año 2021 no queda más remedio que sea en la modalidad *online*.

Hace hincapié en que el 2021 es una gran oportunidad para no dar ningún paso atrás ya que “*nos ha costado mucho avanzar para ahora retroceder*”. Por esta razón, luchar por la igualdad, la no discriminación, la participación y el empoderamiento de las mujeres “no es un tema secundario, sino el tema central” por lo que debe ser un objetivo prioritario en las agendas de todas las instituciones tal y como indiqué al principio.

Posteriormente, D. Pedro Fernández Alén, presidente del CES, nos informa que como órgano consultivo del gobierno manejan una batalla transversal como eje permanente ya que en el mercado laboral queda mucho pendiente por hacer.

Todo ello, porque la vida económica y en particular el mundo laboral es uno de los ámbitos fundamentales de la promoción de la igualdad de oportunidades, así la conciliación de la vida personal, familiar y laboral sigue siendo una problemática compleja y conflictiva porque la falta de corresponsabilidad contribuye a sostener la discriminación laboral y salarial de las mujeres y constituye una de sus principales barreras para su desarrollo profesional.

Continua explicando que la corresponsabilidad social significa aumentar la implicación de las personas en el reparto de las responsabilidades domésticas y familiares para extenderse a otros agentes sociales, siendo el principio de igualdad de oportunidad entre hombres y mujeres, esencial para construir una sociedad justa, social y económicamente desarrollada.

Hace especial hincapié en las desigualdades que afectan a las mujeres del entorno rural y especial preocupación del freno de los avances e indicadores entre los jóvenes, por todo ello la necesaria implicación de la gente joven para proyectar un futuro en igualdad, reivindicando este día, trabajando con el legado de quienes nos han precedido en la lucha por la igualdad y mirando al futuro con decisión ya que falta mucho por avanzar hacia un nuevo pensamiento ciudadano impregnado de perspectiva de género.

Se da comienzo al primer panel que preside D. Jaime Cabeza Pereiro, vicepresidente de la AEDTSS adelantándonos que el tema de este panel es un auténtico “*elemento productor de discriminación*” y por esa misma razón, la transparencia salarial en las empresas es un tema que “*va de la mano*” con el salario, debido a su importancia en el ámbito laboral y su repercusión en materia de igualdad.

No ha querido dejar pasar la posibilidad de comentarnos como la invisibilidad de los trabajos de cuidados, la feminización de la pobreza, las violencias machistas o la falta de libertad en las identidades sexuales o expresiones de género “*en esta época de transición difícil*” hace ineludible esta cita anual y por ello manifiesta la necesidad de ese compromiso institucional del CES y la AEDTSS.

La primera ponencia de este panel “Criterios y sistemas de promoción profesional y ascensos y no discriminación por razón de género” tiene como ponente a Dña. Gemma Fabregat Monfort de la Universidad de Valencia, que nos explica como respecto al proceso

de selección, el papel de la negociación colectiva, en complementariedad con el plan de igualdad, debería garantizar la objetividad en la selección de la persona trabajadora que se va a contratar. Objetividad que puede venir condicionada, entre otras fórmulas, por una imparcialidad en el proceso de selección mediante la inclusión de determinadas pruebas a efectos de limitar en lo posible la discrecionalidad empresarial.

Junto a ello, nos revela que debería buscarse también una extensión de esas mismas pautas de objetivación de cara a la valoración sobre la superación o no del proceso de selección de que se trate, blindadas a cualquier tipo de discriminación directa o indirecta, de modo que el criterio finalmente elegido, descance sobre la prestación a realizar y no sobre su consideración social.

Esta prohibición de discriminación directa o indirecta en la formación y promoción profesional nos revela que se constata en los artículos 22.4 y 24.4. del Estatuto de los Trabajadores, por alusión, respectivamente, a la discriminación en relación con la clasificación profesional y la promoción.

Igualmente nos explica que las discriminaciones producidas en el ámbito de la promoción tienen una incidencia directa también en la segregación del trabajo en la empresa, de forma vertical, condicionando la elección de personal trabajador destinado, a ocupar los puestos de mayor cualificación dentro del escalafón de la empresa.

Por todo ello, entiende que deberíamos hablar de un sistema de ascensos objetivo y no discriminatorio, incluyendo, por ejemplo, en función también de la realidad de la empresa, un sistema de ascensos que incorpore nuevas variables además de la entrevista entre empresaria/o y personal trabajador; determinación de criterios selectivos no discriminatorios, ni directa ni indirectamente; o acciones positivas para asegurar la promoción profesional de las mujeres en la empresa.

Dña. Patricia Espejo Megías de la Universidad de Castilla-La Mancha como ponente de la Asociación Juvenil de la AEDTSS nos presenta el tema de los "Criterios y sistemas de clasificación profesional y no discriminación por razón de género".

La profesora Espejo analiza la brecha salarial de género existente en las empresas, poniendo de relieve la existencia de ésta a pesar de los avances experimentados en cuanto a la participación femenina en el mercado laboral español.

Analiza lo que prevé la legislación en cuanto a la igualdad salarial, es decir, la situación actual del mercado laboral, así como las causas de este trato desigual poniendo énfasis en el papel que las responsabilidades familiares y domésticas y el rol de la mujer tienen en la misma. tras el análisis de la situación actual y su variación en los últimos años, en plantear medidas por parte de las empresas para poder garantizar la igualdad salarial que realmente debería existir en las organizaciones empresariales; aunque, si bien es cierto, conseguir una igualdad efectiva de los derechos entre ambos géneros implica la necesidad de transformar de forma importante la sociedad.

Destaca que la brecha salarial de género hace referencia a que, en general, las mujeres perciben retribuciones inferiores a las recibidas por los hombres. Es necesario diferenciar dos conceptos dentro de la brecha salarial: por un lado, la diferencia salarial y, por otro lado, la discriminación salarial.

Después de un amplio debate al respecto de las dos intervenciones y un mínimo descanso por esta causa, empieza el segundo panel, que preside D. Guillermo L. Barrios Baudor, catedrático de la URJC, que además ha sido el encargado de la organización del evento al formar parte también de la AEDTSS como Gerente. El profesor Barrios da paso a las dos nuevas participantes valorando el alto nivel de las mismas en los temas que nos ocupan.

En esta primera ponencia del segundo panel, Dña. Sonia Pedrosa Alquézar de la Universidad de Zaragoza nos instruye sobre "Trabajo de igual valor y transparencia retributiva". Y como no podía ser de otro modo, explica que el Real Decreto 902/2020, de 13 de octubre, de igualdad retributiva entre mujeres y hombres, cuya entrada en vigor se difiere al 14 de abril de 2021, desarrolla reglamentariamente el artículo 28 del Estatuto de los Trabajadores (modificado por el RDL 6/2019, de 1 de marzo) concretando sus presupuestos y determinando el contenido de las obligaciones en diferentes aspectos como el concepto de trabajo de igual valor, la obligación del registro retributivo, los sistemas de clasificación profesional contenidos en los convenios colectivos y su necesaria vinculación con el registro y la transparencia retributiva a través de una correcta valoración de los puestos de trabajo, así como el derecho de las personas trabajadoras a acceder al contenido del registro.

Además nos revela que el desarrollo reglamentario, también se extiende a lo establecido en los artículos 22.3 y 12.4.d) del ET que establecen, respectivamente, la obligación de que la clasificación profesional se realice conforme a criterios libres de discriminación, y la garantía de ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre mujeres y hombres en el caso de los contratos a tiempo parcial.

Este real decreto, desarrolla también, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 46.6 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (introducido por el repetido RDL 6/2019), el concepto y contenido de las auditorías salariales y complementa la regulación del Real Decreto 901/2020, de 13 de octubre, por el que se regulan los planes de igualdad y su registro y se modifica el Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo.

Nos señala además, que uno de los impactos fundamentales será la mayor transparencia como consecuencia de la obligación de presentar y comunicar a los agentes sociales y empleados los resultados de los diagnósticos de igualdad, auditorías salariales y los salarios por nivel de responsabilidad.

Y para finalizar las ponencias de este segundo panel, un tema sustancial sobre la "Valoración de puestos de trabajo" que nos presenta Dña. Begoña García Gil. Universidad Rey Juan Carlos.

Nos avanza que la valoración de puestos de trabajo es un proceso mediante el cual se establece el "*valor*" que un puesto de trabajo tiene respecto al conjunto de los puestos en la empresa, centrándose en el puesto en sí mismo, independientemente del titular que lo ocupe.

Este valor o posicionamiento viene determinado principalmente por el nivel de responsabilidad y desempeño de determinadas funciones inertes al puesto y fundamentalmente por su impacto en los resultados de la compañía, por su vinculación directa, o indirecta, en su correcto funcionamiento y su eficacia y/o rentabilidad. Al establecer este

valor del puesto podemos realizar una agrupación de distintos puestos en base a criterios comunes y posteriormente una nivelación de estos.

La valoración de puestos de trabajo se constituye en una herramienta muy importante para visibilizar y afrontar el hecho de que aún mujeres y hombres no ganan lo mismo por la realización del mismo trabajo o de trabajos distintos, pero de igual valor. En este sentido, una valoración de puestos de trabajo neutra respalda una "*evaluación objetiva del puesto, independientemente de la persona que lo ocupe*".

La profesora García nos facilita además datos sobre el tema animándonos a visitar la página web "sermujerytrabajo.es" que, como parte de un proyecto de investigación, ofrece toda la información sobre ser mujer en el mercado laboral.

Antes de la clausura de este acto, con la intervención de D. Fernando Lousada, copresidente de la Comisión de Igualdad de la AEDTSS, se procede a la entrega del IV premio "8 de marzo. Igualdad de las mujeres" a Dña. Mirentxu Marín de la UPNA que lleva por título "Discriminación salarial indirecta y los sistemas de valoración de los puestos de trabajo".

Dña. María Luisa Delgado Jalón. Decana de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la URJC, ya que este foro de debate se realiza en este ámbito universitario, nos deleita con una frase del médico y escritor D. Gregorio Marañoñ *"No son dos sexos superiores o inferiores el uno al otro; son distintos"* para junto con Dña. María Emilia Casas Baa-monde. Presidenta de la AEDTSS realizar una "*clausura optimista*" de la Jornada que se da cuando se realiza un "*trabajo bien hecho*", expresando el compromiso de la Asociación de continuar trabajando en este esfuerzo colectivo y coordinado contando como desde hace cuatro años con el CES en este objetivo común.

Y no se me ocurre mejor forma de terminar esta crónica de la jornada que insistir en que la igualdad de género no es una cuestión de un día, ni de un mes, debe ser un compromiso ineludible de toda la ciudadanía en su conjunto y de este modo, que el 8 de marzo consolide lo alcanzado para poder seguir andando caminos de igualdad entre todos y todas.

Crónicas de las jornadas “Por un empleo digno en el sector de cuidados: superando los roles de género”

Chronicles of the conference ‘For a decent job in the care sector: overcoming gender roles’

JOSÉ ANTONIO MARTÍNEZ RODRÍGUEZ

*Becario de colaboración del Área de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León*

Recibido: 9/4/2021

Aceptado: 12/4/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/femeris.2021.6151>

Introducción

Los días 9, 10 y 11 de marzo, contando con la financiación del Instituto de las Mujeres del Ministerio de Igualdad, se celebraron en la Universidad de León las jornadas, tituladas ‘Por un empleo digno en el sector de cuidados: Superando los roles de género’, dirigidas por la Dra. Rodríguez Escanciano, y coordinadas por las Profras. Martínez Barroso y Álvarez Cuesta, con el objetivo último de debatir sobre la realidad laboral existente en el sector del cuidado de personas dependientes, que son aquellas que por razón de su vulnerabilidad reclaman la ayuda de otras personas para realizar las actividades cotidianas de su día a día.

Partiendo de la acusada feminización de este ámbito funcional, integrado mayoritariamente por mujeres de escasa formación, con unas condiciones de trabajo realmente pobres, con ingresos muy limitados y, generalmente, sin encontrarse en situación de alta en la Seguridad Social, se analizaron con rigor y exhaustividad los principales problemas de la actividad asociada a los cuidados, levantando el velo para descubrir un sustrato necesitado de una urgente intervención legislativa. Todo, además, se lleva a cabo en unas fechas que coinciden con cercanía con el 8 de marzo, día en que se conmemora el Día Internacional de la Mujer y que, con más razón, abre hueco para este espacio de diálogo del que se ha podido disfrutar.

A causa de las circunstancias sanitarias que actualmente nos rodean debido a la pandemia causada por el virus COVID-19, las jornadas se celebraron en la modalidad online y contaron en su inauguración con las intervenciones de D. Tomás Quintana López, Procurador del Común de Castilla y León, D. Isidoro Martínez, Vicerrector de Responsabilidad

Social, Cultura y Deporte en la Universidad de León, D. Salvador Tarodo Soria, Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de León, D. José Gustavo Quirós Hidalgo, Decano de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de León, y Dª. Ruth Pindado González, Directora General de la Mujer de Castilla y León.

Ponencias martes 9 de marzo

Este primer día de sesiones se encuadra, en primer lugar, en el análisis de la mujer como protagonista en la construcción poliédrica del trabajo de cuidados y, en segundo lugar, en el estudio sobre los cuidados en sí mismos y sus destinatarios.

A modo de introducción, en la sesión de inauguración, contando con las palabras de bienvenida del Sr. Vicerrector y los Sres. Decanos, D. Tomás Quintana explica el papel que juega la institución que él representa –el Procurador del Común– en el sector que se analiza en las jornadas, resaltando su mayor impronta en el escenario pandémico en el que ahora nos encontramos y que ha puesto de manifiesto, más si cabe, la vulnerabilidad de esta tipología de trabajos.

Seguidamente, Dª. Ruth Pindado menciona uno de los conceptos clave para paliar esta situación de desigualdad, que no es otro que la profesionalización del sector, haciendo hincapié en la Ley de Autonomía Personal y las demás leyes en relación con la atención a personas en situación de dependencia.

Tras esta breve introducción y sin solución de continuidad, se da paso a la primera mesa de diálogo donde intervendrán Dª. Cristina González, Dª. Ángeles Ceinós, Dª. Helena Pimentel y D. Rodrigo Tascón y que será moderada por la directora de las jornadas Dª. Susana Rodríguez Escanciano. El tema a tratar comienza desde los trabajos declarados y cuidados invisibles, prestando una especial atención al valor de la remuneración de los trabajos para ser considerados como tal y su aplicación en el ámbito de los cuidados. A colación de esto, en la práctica se ve como el sector cuenta con una participación masiva de mujeres que se achaca, entre otros factores, a la falta de reparto de las responsabilidades de cuidado heredadas de una sociedad eminentemente patriarcal.

A continuación, se trata de discernir el cuidado en el ámbito del hogar del de los cuidados puramente entendidos o, dicho de otra forma, se procura diferenciar el cuidado del hogar o doméstico del cuidado de personas. En este sentido, se pone en valor la multidisciplinariedad del sector cuidados, puesto que abarca distintas profesiones y ámbitos de actividad tales como la enfermería, la medicina o la educación.

Continúan las intervenciones comparando los sistemas de cuidados españoles con el sistema de cuidados portugués, lo que aporta una visión internacional que permite a los asistentes integrar una visión más amplia tendente a la comparación con otras formas de actuar y legislar. De forma específica la temática tratada se dirige hacia la asistencia socio-sanitaria y el trabajo humano realizado en primera línea durante la pandemia.

Finalmente, para terminar esta primera mesa de conservación se despliega una visión retrospectiva a la situación previa de la pandemia, abordando con proyección *ad*

futurum cuáles son las vicisitudes planteadas tras la misma y cómo es la respuesta a esas dificultades sobrevenidas a causa de la crisis sanitaria, con una reflexión final encaminada a tratar de atisbar lo que pueda suceder en un futuro cuando veamos superada esta crisis sanitaria.

La segunda mesa de diálogo debate acerca de los cuidados en sí mismos y sus destinatarios contando con la intervención de los profesores D. José Gustavo Quirós, Dª. Natalia Ordoñez, D. Roberto Fernández y Dª. Beatriz Agra. Para ello, como es indispensable, se comienza resaltando la figura de los cuidadores, puesto que sin ellos no podríamos hablar de cuidados y mucho menos de atención ad personam. Además, se analiza cómo el desarrollo tecnológico ha conseguido proporcionar también al sector cuidados un progreso y unos avances que hasta su llegada eran impensables, pero también se pone de manifiesto sus defectos en ciertos ámbitos como el de la accesibilidad o la falta de formación en su uso por los profesionales. También se recalcan dos servicios técnicos que van unidos a la dependencia como son el servicio de ayuda a domicilio y la teleasistencia, para continuar con el estudio del trabajo en las residencias de ancianos haciendo un especial énfasis en la protección frente a los riesgos laborales. Particular atención se dedica al principio de territorialidad del sector cuidados atendiendo especialmente a su situación en las zonas rurales, entendiendo que en estas reside un volumen elevado de población envejecida que demandará dichos servicios. El broche final de la tarde se centra en la desprotección de las cuidadoras informales o no profesionales.

Ponencias miércoles 10 de marzo

Para comenzar el segundo día de las jornadas interviene el profesor D. Juan José Fernández Domínguez abordando un punto complejo como es la deficiencia de la gestión de los recursos humanos en el sector sociosanitario, con especial atención a la cuestión de los interinos.

A continuación, Dª. Patricia Nieto Rojas propone, para interés de todos los asistentes, tratar un apartado complicado como es la insuficiencia del marco de protección social de los cuidados y mencionar problemáticas tales como la brecha de género en el ámbito laboral, las deficientes carreras profesionales de las mujeres respecto de los hombres y las negativas consecuencias que esto provoca. Seguidamente, Dª. Remedios Menéndez incide en lo feminizado del sector, pero trae a colación una variante muy interesante que concurre de forma habitual en la práctica, como es la mujer extranjera tan presente en los cuidados.

Posteriormente, Dª Ana Murcia refleja un aspecto controvertido como es el de la externalización y concreto la situación de 'Las Kellys' ("las que limpian"), analizando de forma especial el porqué esa práctica empresarial de externalización de servicios ha supuesto la degradación de las condiciones de trabajo de tales asalariadas, donde el factor extranjería vuelve a reiterarse como muy evidente.

Tampoco se podía dejar pasar por alto lo que el ordenamiento europeo indica sobre esta cuestión, para lo que Dª. Marta Fernández analiza la Directiva 2019/1158 concer-

niente a la conciliación de responsabilidades de progenitores y cuidadores e igualdad de oportunidades, desarrollando los permisos y aquellos otros instrumentos que permiten llevar a cabo esta labor por parte de las trabajadoras asalariadas que asumen el doble rol de cuidadoras. En el mismo sentido, D^a. Carolina Blanco ahonda más en esta perspectiva incidiendo sobre el problema particular de la conciliación y los cuidados en las familias monoparentales, que se convierte en muchos casos en una utopía.

A continuación, el recién doctorado D. Francisco Xabiere Gómez hablaría sobre la integración en el régimen general de la Seguridad Social del servicio doméstico, haciendo hincapié en los déficits de protección que este sector sufre como consecuencia de la vulnerabilidad a la que se encuentra expuesto.

Ya al final de la tarde, la profesora D^a. María de los Reyes Martínez Barroso, aborda la situación de las hijas cuidadoras y las posibilidades de disfrute de la pensión en favor de familiares con especial atención a la flexibilización del requisito de convivencia que, en cierta medida, con una aplicación tan exhaustiva desprotegía a quien realmente necesita esa protección.

Ponencias jueves 11 de marzo

La última cita de estas jornadas se enfoca hacia una perspectiva mucho más práctica, complemento ineludible de la visión académica vertida en los dos días anteriores, en lo que quiere ser una perspectiva real de la situación y problemática del sector de los cuidados. Para ello, se da paso a los agentes sociales y, en concreto, a dos organizaciones sindicales como son Comisiones Obreras (CCOO) y la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF), representadas por D^a. M^a Rosa Castro Fonseca (CCOO) y D^a. Eva Fernández Urbón (CSIF) respectivamente. De igual forma, también habría representación de la parte empresarial, que correrá a cargo de la Federación Leonesa de Empresarios (FELE) con la intervención de D^a. Aleixa Novo. Sus interesantes discursos ponen en valor la importancia del diálogo social en la consecución de los objetivos marcados para la mejora de las condiciones del sector laboral de los cuidados como motor de progreso en aras de un trabajo decente.

Como no podía ser de otra manera, en estas jornadas se da voz también a las asociaciones de mujeres y a las asociaciones feministas para que puedan aportar esas vivencias del sector de la población más afectado por las condiciones laborales del sector cuidados. Interviene en primer lugar la representante de ADAVAS, la (Asociación de Ayuda a Víctimas de Agresiones Sexuales y Violencia Doméstica), D^a. Lucía Lorenzana Fernández, explicando la labor de prevención de estas lacras que se realiza desde su organización.

Posteriormente, D^a. Fini García Alonso, representando a la Asociación de Mujeres Leonesas en el Medio Rural, organización dedicada al apoyo de las mujeres que residen en el medio rural de la provincia, destacó su contribución a la formación, asesoramiento y cualesquiera otras necesidades que se demanden.

Igualmente, las jornadas cuentan con la participación de la Asociación Feminista Leonesa "Simone de Beauvoir", representada por D^a. Laura Fernández Álvarez, que pone

a disposición de las mujeres que lo necesiten una casa de acogida, asesoramiento legal, ayuda emocional y otras herramientas tuitivas.

A continuación, interviene D^a. Angélica Cosmen González, en representación de la Fundación Familias Monoparentales “Isidora Duncan”, para darnos una visión práctica de las acusadas problemáticas de este tipo de estructuras familiares.

Tiene la palabra también D^a. Miriam Gutiérrez Martínez, en representación de la Asociación Feminista Leonesa “Flora Tristán”, organización fundada en 1975 con el fin último de prestar colaboración y ayuda en distintos ámbitos que abarcan desde lo jurídico hasta lo social pasando por el bienestar mental, enfatizando sobre los cuidados indirectos que en muchas ocasiones son obviados, pero que desde la realidad más pragmática suelen acarrear mayor esfuerzo, incluso, que los directos.

Finalmente, para clausurar estas intensas y productivas jornadas, la ponencia de clausura corre a cargo de la profesora D^a. Carmen Viquiera, desgranando, a modo de exceso colofón, no solo la situación actual del empleo en el sector cuidados sino las perspectivas de futuro en aras, de un lado, a evitar la precariedad y escasa calidad de las condiciones laborales y, de otro, a sacar de la economía informal aquellos trabajos invisibilizados.

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 vistafemeris@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.