

# GÉNERO E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES EN EL MERCADO DE TRABAJO

Gloria P. Rojas Rivera

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna

## RESUMEN

Breve resumen sobre la influencia en el campo de la igualdad de género de las teorías que explican la segregación profesional y la discriminación indirecta analizando el acervo comunitario con el fin de alcanzar un auténtico ordenamiento comunitario que se imponga a los estados miembros para que fueren políticas orientadas a la sustancial igualdad de la mujer.

PALABRAS CLAVE: igualdad de oportunidades, desigualdad de género, segregación ocupacional, diferencia salarial, acción positiva, discriminación indirecta.

## ABSTRACT

Brief research on the influence in the field of gender equality of the theories that explain professional segregation and indirect discrimination, analyzing the acquis communautaire in order to achieve a true Community legal order mandatory to member States so that they enforce policies towards the completion of substantial equality for women.

KEY WORDS: equal opportunities, gender differences, professional segregation, income discrimination, positive action, indirect discrimination.

## 1. INTRODUCCIÓN

La paridad por sexos se introduce en el artículo 119 del Tratado CEE exclusivamente por presión de Francia, por ser el único Estado que, a finales de los años cincuenta, contemplaba en su ordenamiento jurídico el mandato de paridad a estos efectos y, por ello, con un móvil exclusivamente de elusión del *dumping social* en el empleo de la mano de obra femenina. La potencialidad práctica del principio fue, sin embargo, mucho más allá de lo previsible. Primero, se declaró la aplicación directa del artículo 119 TCEE y por tanto su invocación por los ciudadanos ante las correspondientes jurisdicciones nacionales. Segundo, el principio se extendió a todo tipo de conceptos económicos a percibir con ocasión de la prestación de servicios (salariales, indemnizatorios y de prestaciones sociales). Tercero, a partir de la Direc-



tiva 75/117, el referente comparativo no tiene por qué constreñirse a puestos de trabajo idénticos y prestados simultáneamente, sino que puede referirse a la ocupación anterior de un trabajador masculino. Y, en cuarto lugar, se introduce el criterio de igual salario por trabajo de igual valor<sup>1</sup>.

La Directiva 76/207 pasó a aplicar la paridad de trato, no sólo a la materia salarial, sino también a cualquier otro tipo de condiciones de trabajo, en el momento del acceso al empleo y en la promoción profesional, aquélla que tiene su fundamento en el artículo 235 TCEE (y no en el 119). Se aceptará, también, que las medidas de «acción positiva», es decir, las medidas de preferencia a favor de la mujer en el trabajo como instrumento de consecución de la igualdad sustancial, no son contrarias al principio de paridad de trato entre hombres y mujeres<sup>2</sup>.

El acervo comunitario en esta materia es notablemente intenso y extenso, tanto a través de diversas Directivas de armonización, como por numerosa y compleja jurisprudencia. Es fácil constatar cómo actualmente los pronunciamientos del

---

<sup>1</sup> El TJCE ha afirmado el importante principio de que un sistema retributivo que permite diferenciaciones cuantitativas basadas sobre el resultado de la prestación no se sustrae, por sí mismo, a la Directiva de paridad. No es suficiente comprobar, para que exista la discriminación por razón de sexo, el hecho de que un sistema de retribución a rendimiento produzca retribuciones más bajas para los grupos prevalentemente constituidos por mujeres respecto a los grupos prevalentemente constituidos por hombres. La prueba estadística por sí misma no es suficiente para demostrar la existencia de discriminación, pero puede ser suficiente para desencadenar el mecanismo judicial de la inversión de la carga de la prueba que impone al empleador la obligación de probar que la disparidad comprobada no deriva de una discriminación fundada en el sexo; *vid. infra* ep. b.2. En 1994, la Comisión decidió adoptar un Memorándum sobre la igualdad de retribución para un trabajo de igual valor. En éste se define, de acuerdo con la abundante jurisprudencia del TJCE, el alcance y contenido del concepto de igual retribución para trabajo del mismo valor; CURELL GOTOR, J.: (addor. Comisión Europea) «La política sobre la igualdad de trato de la CE», en AAVV: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (coord. por CRUZ VILLALÓN), Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 118. No obstante, los informes se limitan a hacer constataciones, sin ofrecer propuestas de acción que pudieran mejorar la situación, lo que, quizás, se deba a que las competencias en la materia corresponden a los Estados miembros. Pero, en este caso, debemos afrontar los problemas desde esta perspectiva y ofrecer ejemplos de las medidas que se adoptan en los diferentes países en los que últimamente se han dado verdaderos progresos o en los países que se encuentran muy retrasados con respecto a la igualdad entre mujeres y hombres. En general, se puede decir que los informes ocupan demasiado espacio en describir nuevas iniciativas políticas y demasiado poco en analizar lo que realmente se ha logrado con estas políticas. Naturalmente que está bien tener muchos proyectos y en este sentido hay que alabar a la Comisión y a los Estados miembros, pero si no se sabe lo que resulta de ellos, los informes de este tipo pueden fácilmente quedar en agua de borrajas. Por ejemplo, puede resultar sorprendente que los diferentes informes mencionen, uno tras otro, la falta de igualdad de las mujeres en el mercado laboral, y no examinen o debatan, por ejemplo, el nivel de formación o incluyan datos sobre las profesiones masculinas y las profesiones femeninas; DYKJAER, L.: «Informe sobre los informes anuales de la Comisión «Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres en la UE» 1997, 1998 y 1999». Parlamento Europeo, A5-0198/2000, p. 10.

<sup>2</sup> CRUZ VILLALÓN, J.: «Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario», en AAVV: *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral* (coord. por CRUZ VILLALÓN, J.), Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 39-40.

Tribunal de Luxemburgo sobre la materia tienen una amplia repercusión; es una de las instituciones que más ha aportado al proceso de integración no sólo social, sino también cultural de nuestro continente, no limitándose a influir o estimular el debate cultural entre intelectuales o estudiosos del Derecho, sino proporcionando las bases para la construcción de un ambicioso edificio construido por el ordenamiento jurídico comunitario.

Gracias al impulso de una legislación comunitaria sobre paridad, equilibrada pero no especialmente desarrollada y progresista, se ha desarrollado la que constituye la cuestión social y cultural más rompedora del final del siglo XX: la igualdad entre hombres y mujeres.

La propia Comisión Europea afirma que la política sobre igualdad de trato de la CE es paradigmática en el sentido de que la utilización combinada de los distintos tipos de instrumentos utilizables<sup>3</sup> ha sido muy eficaz.

Aun siendo así, es una de las cuestiones ante cuyo análisis, a comienzos del nuevo milenio, no pueden exhibirse arrogantes certidumbres ni seguridades intelectuales. La duda sobre la existencia de progresos cuantificables y de las políticas que podrían ayudar a solucionar algunos de los problemas todavía existentes, obligan a conocer los datos estadísticos, así como a realizar un análisis en regla para saber en qué dirección se mueven las cosas; si se está logrando realmente una mayor igualdad o sólo elaborando más declaraciones de intenciones, políticas y programas de ayuda.

El Derecho Comunitario incluye mecanismos de armonización o aproximación de legislaciones<sup>4</sup>, de colaboración o coordinación entre sistemas jurídicos estatales<sup>5</sup> y la consagración formal de la igualdad de trato por razón de sexo y por razón de nacionalidad en el interior de cada Estado<sup>6</sup>. Todos estos elementos, por una parte, revelan la existencia de la premisa indispensable para poder hablar del principio de igualdad ante la ley (es decir, de la existencia de un ordenamiento jurídico único), pero, por otra parte, están orientados, precisamente, hacia la consecución de dicha premisa.

La armonización o aproximación es imprescindible, también la utilización de la técnica de la norma mínima, pero probablemente, como ha podido decirse, aquéllas deberían contenerse en Reglamentos y no en Directivas, de tal forma que el

---

<sup>3</sup> Disposiciones legislativas de política social, diálogo entre interlocutores sociales, apoyo financiero, fomento de la cooperación entre los agentes de la política social, intercambio de información y experiencias y promoción de prácticas y políticas adecuadas.

<sup>4</sup> Tratado CEE y Acta Única Europea.

<sup>5</sup> Derecho derivado: Reglamentos 1612/18 y 1408/71; y Directivas 75/117, 76/207, 79/7, 86/613 y 86/391, 92/85.

<sup>6</sup> Tratado de Maastricht, cuya novedad esencial está en el Protocolo 14, no firmado por el Reino Unido —hasta finales de 1997—, pero que supone seguir el camino abierto por el Acta Única de utilización de la técnica de la norma mínima, con lo cual podrá ir avanzando la verdadera instauración del principio de igualdad en Europa.



principio de igualdad ante la ley, en sentido estricto, podría predicarse en relación con esas disposiciones mínimas de Derecho Europeo<sup>7</sup>.

En conclusión, el camino hacia la plena consagración del principio de igualdad ante la ley es difícil y complejo puesto que, en última instancia, depende del propio desarrollo de un auténtico Derecho europeo<sup>8</sup>.

## 2. LA IGUALDAD DE OPORTUNIDADES

La integración de la igualdad de oportunidades se consagró como cuestión prioritaria a escala global en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada por la ONU en Pekín en 1995. A su vez, apareció por primera vez como uno de los objetivos de la Unión Europea en relación con el Tratado de Amsterdam<sup>9</sup>. También se ha integrado en los Fondos Estructurales, si bien hay que destacar que no todos los Estados miembros han integrado el principio de igualdad de oportunidades en sus planes de acción, existiendo una diferencia entre el Norte, donde es mayor, y el Sur de la UE.

---

<sup>7</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: «El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea» en AAVV: *La igualdad de trato*, pp. 30-31.

<sup>8</sup> Además de las citadas, destacan la 79/7 en materia de protección social y Seguridad Social; la 86/613 sobre igualdad en actividades autónomas —*vid.* STJC 6-4-00, caso «JORGENSEN, C., FORENINGEN, A.F., SPECIALLAAGER y OTROS»—; la 86/378 sobre igualdad en regímenes profesionales de Seguridad Social modificada por la 96/97 —por cierto que se incoó un procedimiento de infracción contra los Estados miembros que no habían comunicado, antes de expirar el plazo de 1 de julio de 1997, las disposiciones relativas a la aplicación de la Directiva 96/97; DYBKJAER, L.: «Informe», p. 15; la 92/85, sobre protección por embarazo; la 97/80 sobre inversión de carga de la prueba, la 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial; y la 2000/43 sobre igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico.

<sup>9</sup> El Tratado de Amsterdam fue y sigue siendo un importante punto de partida para los marcos formales de la igualdad. En él se introdujeron los artículos 2 y 3 que hacen constar la igualdad de derechos para las mujeres y su derecho a la no discriminación. El Informe 13-7-00 incluye una sección relativa a iniciativas concretas: «Una mejor conciliación del trabajo con la vida familiar en Europa – Posibilidades de cuidado de los niños» y «Seguimiento de la Plataforma de Acción de Pekín». Importante, también, es la introducción del capítulo relativo al empleo con el artículo 141 sobre las acciones positivas relativas al empleo; *vid.* comentario de la STJCE de 6-7-2000 (caso ABRAHAMSSON) titulado «Una ocasión perdida para avanzar en la igualdad sustancial», realizado por SAENZ DE SANTA MARÍA, P.A.: en *La Ley*, año XXI, núm. 5.164, pp. 1-3. Además, el concepto de *mainstreaming* (integración de la igualdad en todas las políticas) se ha convertido en un concepto transversal para muchas políticas de la UE. En su aplicación, uno de los preceptos de la Directiva 76/207, que mayores problemas ha planteado, es el artículo 2 que recoge las «excepciones» al principio de igualdad de trato: la «acción protectora» y la «acción positiva»; PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad: estudio en materia social y laboral*, Instituto Andaluz de la Mujer, t. 1, Sevilla, 1999, p. 37; la misma en «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario» en AAVV (coord. CRUZ VILLALÓN, J. y PÉREZ DEL RÍO, T.): *Una aproximación al Derecho Social Comunitario*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 101-105.

Existen realmente buenos motivos para integrar más dinámicamente la cuestión de la igualdad en los planes de acción en favor del empleo de los Estados miembros. El informe anual de 1999 muestra que la UE sigue estando por detrás de los Estados Unidos y el Japón en lo que respecta al porcentaje de actividad de las mujeres. En estos países, el porcentaje de actividad alcanza el 75% mientras que, en la UE, se encuentra en un 61%. Sólo Dinamarca, Gran Bretaña, Suecia y Austria muestran un porcentaje de actividad superior al 70%, que constituye el objetivo de la política de empleo de la UE para las mujeres. A esto hay que añadir que sólo Dinamarca cumple el objetivo del 70% fijado para las mujeres. Gran Bretaña, Suecia y Finlandia le siguen con el 60-66%<sup>10</sup>.

Sin embargo, sin perder de vista que la discriminación por motivos de sexo tiene carácter estructural y horizontal, debería no ocultarse la discriminación por razón de sexo incorporándola a una política general de lucha contra la discriminación, junto con grupos marginales, como se hace, por ejemplo en la iniciativa EQUAL de 2000 que trata de fomentar nuevos medios para luchar contra todas las formas de discriminación y desigualdades en relación con el mercado laboral. Las mujeres no constituyen una minoría, representan más de la mitad de la humanidad, por lo que probablemente haya sido un error incluir en el artículo 13 (centrado en la discriminación de grupos minoritarios, por motivos de origen racial o étnico, religión, convicciones, discapacidad u orientación sexual) del Tratado la discriminación por razón de sexo, que debió haberse incluido en un capítulo especial, como consecuencia lógica del nuevo papel central otorgado por el Tratado a la igualdad entre hombres y mujeres. Es más, las mujeres son objeto de una «doble discriminación», en el sentido de que son las principales víctimas de la discriminación que sufren todos los grupos minoritarios a los que se refiere el artículo 13<sup>11</sup>.

El cuarto programa de acción comunitaria, que se presentó en 1995 (para el período 1996-2000), fijaba una serie de objetivos específicos, entre los que cabe citar el de la conciliación de la vida familiar y profesional<sup>12</sup>; y, sobre la dignidad en

---

<sup>10</sup> DYBKJAER: L.: «Informe», p. 12.

<sup>11</sup> GHILARDOTTI, F.: «Informe sobre la comunicación de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales relativo a los PIC en el marco de la iniciativa EQUAL; *Doc. de Sesión, Parlamento Europeo, A5-0034/2000*, p. 20.

<sup>12</sup> Que vuelve a citarse dentro del Consejo Europeo de Estocolmo de marzo de 2001 en lo que se refiere a la mejora de la calidad en el trabajo, de la siguiente manera «Deberían redoblar los esfuerzos para fomentar un buen entorno de trabajo para todos, incluida la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, *la igualdad de oportunidades para ambos sexos*, una organización de trabajo adecuada y flexible, que permita una mejor conciliación de la vida laboral y privada...». Además, insiste en que el Consejo, junto con el Parlamento Europeo y por el procedimiento de codecisión, concluirá para finales de año la labor de actualización de la legislación en vigor para la aplicación del principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, la formación profesional y la mejora de las condiciones laborales; también, el Consejo, junto con la Comisión, establecerá indicadores para garantizar que no haya diferencias discriminatorias en la retribución de hombres y mujeres; «Conclusiones de la Presidencia», Estocolmo 23-24 de marzo 2001, SN 100/01, pp. 6-7.



el trabajo, la Comisión, que presentó en 1992 una guía práctica para combatir el acoso sexual en el trabajo, consideró la oportunidad de iniciar consultas con los agentes sociales, con el fin de decidir qué tipo de acción subsiguiente se podría emprender a nivel comunitario<sup>13</sup>.

Existen dos fenómenos, no exclusivos, pero de extraordinaria influencia en el terreno de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el acceso al empleo y en el disfrute de las condiciones de empleo que merecen especial mención en este estudio: la segregación profesional y la discriminación indirecta.

#### A. LA SEGREGACIÓN ENTRE HOMBRES Y MUJERES

La división de las ocupaciones con arreglo al sexo de los trabajadores, la segregación profesional en función del género, es un fenómeno del mercado de trabajo necesitado de mayor atención por parte de los gobernantes y de cuantos se interesan por la igualdad, la eficiencia y la justicia social. Porque está muy extendida en todas las latitudes, cualesquiera que sean los niveles de desarrollo económico, los sistemas políticos y los entornos religiosos, sociales y culturales; porque perjudica, además, a las mujeres; porque tiene efectos muy negativos sobre cómo las ven los hombres y cómo se ven a sí mismas; la segregación profesional menoscaba la condición social y económica de la mujer y repercute, por lo tanto, en una larga serie de variables como las tasas de mortalidad y de morbilidad, la pobreza y la desigualdad de ingresos. La persistencia de estereotipos «sociosexuales» entraña asimismo consecuencias nocivas en el ámbito de la instrucción y la formación profesional, que perpetúan las desigualdades entre hombres y mujeres de una generación a otra.

Es un hecho que las mujeres siguen asumiendo la cuasi totalidad de las responsabilidades relacionadas con las tareas domésticas, y que tienen que hacer malabarismos entre las responsabilidades del hogar y del cuidado de los niños, y las de su empleo<sup>14</sup>. El cambio operado en los mercados de trabajo, la necesaria

---

<sup>13</sup> CURELL GOTOR, J.: «La política», p. 116. *Vid.* STSJ Galicia 15-9-00, *AL* núm. 2, 2001. Y, fundamentalmente, la STC 224/99, comentadas por LOUSADA AROCHENA, en *RL* núm.3, 2000; y por MOLERO MANGLANO, en *AL* núm.15, 2000.

<sup>14</sup> Con el fin de priorizar las nuevas formas de organización del trabajo que tratan de conciliar la vida familiar y profesional. Es necesario, para ello, lograr que en todos los Estados miembros se alcancen acuerdos laborales flexibles a nivel local, gracias a la interpretación de los interlocutores sociales, así como crear guarderías e instituciones para otras personas necesitadas. Es por ello que la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Oportunidades pide a la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales que, dentro de sus Programas de Iniciativa Comunitaria, se centre en el campo temático relativo a estos temas (jornada flexible, flexibilidad de horario de apertura de servicios públicos), con el fin de que los gobiernos nacionales actúen de forma concreta para alcanzar tales objetivos; compaginándolos, obviamente, con otros como la lucha contra el desempleo local de las mujeres destinando una financiación como mínimo proporcional a la tasa de desempleo de las mujeres registrada a ese nivel; así como también tener en cuenta la situación específica de las mujeres solici-

reorientación desde los ordenamientos jurídico-laborales, no se traduce necesariamente en un cambio efectivo en la realidad social. Por ello se ha dicho, y se sigue demostrando igual hoy en día, que la situación descrita exige una reflexión de renovada actualidad sobre el trabajo de las mujeres<sup>15</sup>.

La segregación de sexos en el trabajo, la baja tasa de mujeres empleadas en los sectores estratégicos de la ciencia y la investigación, constituye una preocupación importante, también en los países con elevadas tasas de empleo<sup>16</sup>.

#### a) *Teorías*

Se han vertido distintas teorías sobre las principales razones de la existencia y la pervivencia de la segregación profesional entre los sexos. Su estudio se convierte en un primer paso imprescindible para comprender el fenómeno y para poder combatirlo.

Generalmente, los investigadores que tratan de explicar la segregación profesional entre los sexos distinguen entre los factores de oferta y los factores de demanda de mano de obra. Del lado de la oferta, se indaga en las razones de que las mujeres «prefieran» ciertas profesiones; por ejemplo, trabajos con horario flexible que les permita atender a los hijos, así como las ocupaciones que sean más fácil interrumpir durante cierto tiempo para tener a los hijos y criarlos. Del lado de la demanda, lo más común es indagar las razones de que los empleadores suelen «preferir» la contratación de mujeres o de hombres para según qué ocupaciones, y de que unos y otros disfruten de diferentes oportunidades de ascenso y avance profesional dentro de las empresas.

Esa «preferencia» obedece en gran medida a las ideas y valores que tiene la sociedad en cada momento sobre las funciones y atributos del género masculino y del femenino.

Es importante señalar que la mayoría de los estudios publicados no se refieren a la segregación ocupacional en sí, sino a las diferencias salariales que causa entre mujeres y hombres. De ahí que muchas teorías y explicaciones traten los determinantes de la segregación ocupacional y de la desigualdad de remuneración entre mujeres y hombres como si esos dos fenómenos constituyeran uno solo; y es desafortunado que así ocurra, porque las diferencias salariales entre los sexos obedecen a muchas causas, de las cuales la segregación ocupacional no es más que una. Además, la segregación sexual es importante en sí misma.

---

tantes de asilo que padecen de una «doble discriminación», así como la de los miembros de las familias inmigrantes que quieren reunirse con el cónyuge que ha obtenido asilo; GHILDOTTI, F.: «Informe», p. 23.

<sup>15</sup> CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones del trabajo, trabajo de las mujeres y futuro del Derecho del Trabajo», *RL*, t. 1, 1980, p. 90.

<sup>16</sup> GHILDOTTI, F.: «Informe», p. 20.



- Teoría neoclásica del capital humano: presupone que los trabajadores y empresarios son racionales y los mercados laborales funcionan con eficiencia.
- Teoría de la parcelación del mercado de trabajo: también se apoya en el pensamiento económico establecido y en la lógica de la escuela neoclásica. Presupone que los mercados de trabajo están segmentados de ciertas maneras; y que, aunque cada parcela del mercado tal vez funcione con arreglo a la teoría neoclásica, es difícil para los trabajadores pasar de una a otra.
- Teorías feministas o «sociosexuales»: estudian principalmente ciertas variables que son exteriores al mercado de trabajo y que no entran en la reflexión de los economistas. Una premisa básica de esas teorías es la de que la situación de desventaja que padecen las mujeres en el mercado laboral es un reflejo de aquello mismo que la origina, esto es, del patriarcado y del lugar subordinado que se asigna a la mujer en la sociedad y en la familia (mujer: tareas domésticas y cuidado de hijos; y hombre: sustento económico). El hecho de que estas y otras ideas y reglas establecidas tengan poco que ver con la vida cotidiana actual de muchas mujeres, hombres y familias no hace mella en la notable influencia que ejercen en el comportamiento de las personas, ni atenúa la discriminación que sufren las mujeres por su identidad sexual.

La influencia de estos estereotipos sexuales sobre la segregación ocupacional se reveló con gran claridad en una serie de encuestas (años ochenta y tantos y principios de los noventa) a empresas de economías en transición (Bulgaria, República Checa, Hungría y Eslovaquia) y países en desarrollo (India, Chipre, Sri Lanka y Ghana) patrocinadas por la OIT.

Los resultados pueden resumirse, al margen de los más escandalosos, en que la mayoría de las empresas prefería contratar a hombres para ciertos trabajos (reparación, mantenimiento, de producción en general, de especialista) y consideraba a las mujeres menos aptas para tareas de venta, producción, servicios y dirección y supervisión (la India).

Es necesario que los poderes públicos se planteen con más seriedad la desigualdad de oportunidades en el mercado laboral y sus efectos tanto sobre los hombres como sobre las mujeres. Se hace necesario un amplio abanico de actuaciones, como por ejemplo: aliviar la carga de responsabilidades familiares que pesa sobre las mujeres; programas de concienciación que destierren los estereotipos y los prejuicios sociosexuales; promover una mayor igualdad entre los sexos en materia de escolaridad y formación profesional, sobre todo en lo que se refiere a abrir el acceso a las ocupaciones no tradicionales de los hombres y de las mujeres; y políticas de igualdad de oportunidades y de preferencia a favor de la mujer (acción positiva<sup>17</sup>), en

---

<sup>17</sup> Entendida como toda medida destinada a contrarrestar los efectos de discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, particularmente en relación a tipos o niveles de empleo donde los miembros de



particular las que alumbren nuevas oportunidades para uno y otro sexo. Hay que actuar en todos esos frentes para reducir la segregación ocupacional que separa a hombres y mujeres, en beneficio no sólo de la fuerza de trabajo y la economía del presente, sino también de las del futuro.

## b) *Las diferencias salariales y la segregación*

Se cumplen 50 años de la adopción en la Conferencia Internacional de Trabajo del Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración de 1951 y de la Recomendación núm. 90 sobre el mismo tema.

Las diferencias salariales entre trabajadoras y trabajadores en su conjunto no se han atenuado mucho; incluso, en parte, se han ampliado. El salario de las mujeres, incluso a igualdad de actividad, se mantiene en la UE en un 30% aproximadamente por debajo del de los hombres<sup>18</sup>. Según datos de la OIT, a escala internacional el salario de las mujeres representa aproximadamente los dos tercios del de los hombres<sup>19</sup>. A pesar de la Directiva 75/117, siguen existiendo diferencias (Propuesta de Directiva<sup>20</sup>).

Además, en los tiempos actuales de globalización, privatizaciones y cambios estructurales flexibilizadores se han generado nuevas formas de empleo atípicas más precarias y peor retribuidas, en las que las mujeres son un porcentaje muy considerable.

Las investigaciones relativas a las diferencias salariales son esclarecedoras para entender el problema, pues revelan que la disparidad salarial entre hombres y mujeres se debe a muchos otros factores aparte de la segregación ocupacional y las diferencias de capital humano. Sólo tomando en cuenta también estos otros factores se pueden explicar coherentemente los niveles de disparidad salarial y de segregación de las ocupaciones entre los sexos en todo el mundo. Por ejemplo, se comprueba que la segregación ocupacional es menor en Asia que en Europa, y que dentro de Europa alcanza su valor más alto en los países escandinavos (aunque la diferencia

---

un sexo están infrarrepresentados (según la Ley 20-11-90 del Land de Bremen: cuando las mujeres no sean al menos la mitad de los empleados en la categoría).

<sup>18</sup> Además del acceso desigual al mercado laboral, sigue existiendo una diferencia de remuneración entre mujeres y hombres a pesar del artículo 141 del Tratado y de las directivas comunitarias sobre la igualdad de oportunidades/trato para mujeres y hombres. El informe anual de 1999 señala que, en el sector privado, existe una diferencia salarial de hasta un 28% entre mujeres y hombres. Naturalmente, es inaceptable haber llegado al fin del milenio sin que se haya solucionado esta cuestión tan importante; DYBKJAER: L.: «Informe», p. 13.

<sup>19</sup> RODRÍGUEZ-PINERO, M. y BRAVO FERRER, M.: «Discriminación salarial e igualdad de género», *RL*, núm.1, 2001, p. 1.

<sup>20</sup> Que pretende, junto a la 2000/43, proporcionar mayor protección frente a la discriminación que la Directiva 76/207.



salarial es más baja). Resultados inesperados y paradójicos si se piensa sólo en la relación entre los ingresos femeninos y masculinos, ya que la diferencia salarial suele ser más alta en los países europeos que en los asiáticos. Explicaciones:

1. Un determinante poderoso de las diferencias salariales entre hombres y mujeres es la magnitud del abanico general de salarios en el país.
2. Las diferencias tienden a ser menores en los países donde la fijación de salarios está centralizada. Ambos factores ayudan a explicar que la relación entre los ingresos femeninos y masculinos sea relativamente alta en los países escandinavos.
3. El tamaño de la empresa, las grandes pagan más por el trabajo en ocupaciones que, en principio, son equivalentes. El hecho de que las mujeres se hayan visto casi siempre excluidas de las grandes compañías contribuye a explicar la notable diferencia entre los ingresos femeninos y masculinos que se da en el Japón (a pesar de su nivel relativamente bajo de segregación ocupacional entre los sexos).
4. Hay dos formas de segregación ocupacional: horizontal (se produce en el reparto de hombres y mujeres entre distintas ocupaciones —sirvientas y secretarias y camioneros y médicos—) y vertical (se produce en el reparto de hombres y mujeres dentro de una misma ocupación, cuando uno de los sexos tiende a situarse en grados o niveles superiores —en la producción, los hombres supervisores y las mujeres obreras; y en la gerencia, los varones puestos directivos y las mujeres puestos subordinados)<sup>21</sup>.

Es cierto que la experiencia en los países nórdicos, por muchas razones modélicas en materia de igualdad entre los sexos, arroja resultados paradójicos: las mujeres tienen por lo común una categoría laboral considerablemente inferior a la de los hombres, y la segregación profesional sigue siendo alta; lo cual no hay por qué considerarlo inevitable y natural, sobre todo a largo plazo. Igual que tampoco hay que considerar natural e inevitable que la función parental de los hombres sea totalmente subordinada: llegar a una distribución más igualitaria de las responsabilidades del hogar y del cuidado de los hijos debe ser una importante meta política para mejorar la condición de la mujer en el mercado de trabajo<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> ANKER, R.: «La segregación profesional entre hombres y mujeres. Repaso de las teorías», *RIT*, vol. 116, núm. 3, 1997, p. 344.

<sup>22</sup> *Vid.* MELKAS, H. y ANKER, R.: «La segregación profesional entre hombres y mujeres. Investigación empírica sobre los países nórdicos», en *RIT*, núm. 3, 1997, p. 392. «Con objeto de garantizar el respeto del principio de igualdad de trato se adoptarán, en caso necesario, medidas razonables para facilitar la combinación del trabajo y la vida familiar y se preverá un sistema adecuado para el cuidado de los niños y la licencia parental»; dice la Propuesta de Directiva que pretende —tras señalar que la tasa de empleo de las mujeres es inferior, aproximadamente en un 20%, a la de los hombres—, junto a la 2000/43, otorgar una mayor protección que la 76/207.



No obstante, la Comisión sigue interpretando que la segregación horizontal y vertical, acrecentada por la subvaloración del trabajo femenino, constituye todavía la causa primaria de la persistencia de notables disparidades de los niveles salariales. Realidad diferencial que es incluso apreciable en sectores económicos de tecnología punta<sup>23</sup>. Visto desde la perspectiva contraria, la OIT señala cómo esas diferencias reflejan situaciones que están fuera del mercado de trabajo (educación, formación y nivel de cualificación), por lo que se hace necesario corregir dicha situación, permitiendo a las mujeres participar en la vida profesional en todos los sectores de actividad y en todos los niveles de responsabilidad en paridad con los hombres<sup>24</sup>, como presupuesto indispensable de toda política antidiscriminatoria<sup>25</sup>.

En este sentido, es interesante destacar que existe un terreno hacia el que orientar importantes acciones en la actualidad y hacia el futuro. El sector de la tecnología de la información y de las comunicaciones (TIC) no sólo es el que registra un crecimiento más rápido, sino que también tiene una gran importancia para otros sectores. Como un nuevo sector de la economía, la TIC ofrece posibilidades totalmente nuevas a las mujeres puesto que no está dividido en los papeles tradicionales de hombres y mujeres aunque vaya camino de ello. Por eso es importante contar con una estrategia claramente progresista que contenga, entre otras cosas, la formación y la formación permanente. La formación no sólo es importante para la sociedad de la información. La igualdad de las mujeres en el mercado laboral y la vida en general no se logra sin una acción en materia de formación<sup>26</sup>.

La Cumbre de Lisboa (23-24 de marzo de 2000) supuso, en este sentido, un avance en la dirección correcta. No obstante, falta una referencia clara sobre la manera de hacer que las mujeres se formen y se interesen por las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información.

Pese a que la TIC promete una nueva manera de organizar el trabajo, lo que, en determinados casos, facilitará la combinación de trabajo y familia, por ejemplo, en forma de teletrabajo, también es importante que este sector no se convierta en sustituto de las obligaciones sociales de asegurar un número suficiente de facilidades para el cuidado de los niños y de los mayores. El teletrabajo no debe convertirse en una nueva forma de mantener la desigualdad entre las mujeres y los hombres en el mercado laboral.

---

<sup>23</sup> CARUSO, B.: «La aplicación judicial de las normas sobre igualdad de trato», en AAVV: *La igualdad de trato*, p. 91.

<sup>24</sup> En la toma de decisiones políticas, económicas y sociales, e igualmente en el terreno de las relaciones exteriores y la cooperación para el desarrollo (como la función y participación de las mujeres en misiones internacionales); Anexo a la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad entre mujeres y hombres (2001-2005), DOCCEE 19-1-2001.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Discriminación», p. 2.

<sup>26</sup> En el Consejo Europeo de Estocolmo, en materia de formación, se dice que se concederá especial atención al modo de incitar a los jóvenes, especialmente las mujeres, a seguir estudios científicos y técnicos, «Conclusiones de la Presidencia», SN 100/01, p. 3.

De los datos analizados se puede extraer la conclusión de que la mayoría de los hombres y de las mujeres del mundo trabaja en ocupaciones a las que por fuerza hay que calificar de «masculinas» o «femeninas», dada la alta proporción de hombres o de mujeres que hay en ellas. Considerable similitud en la tipificación sociosexual de las ocupaciones, lo cual genera y refuerza los estereotipos.

Estos resultados empíricos corroboran las tres teorías generales antes descritas.

La teoría económica neoclásica del capital humano señala atinadamente que las mujeres están peor cualificadas a causa de diferencias de instrucción y años de experiencia.

La teoría de la parcelación del mercado de trabajo acierta en su premisa básica de que los mercados laborales están compartimentados, y no cabe duda de que esta división contribuye a rebajar los salarios de las ocupaciones «femeninas» por el efecto de «hacinamiento».

Sin embargo, las teorías sociosexuales o feministas son las que brindan explicaciones más convincentes de la segregación de las ocupaciones entre los sexos, dado que subrayan la existencia de un grado de coincidencia muy alto entre las aptitudes y preferencias de los hombres y las mujeres individualmente considerados. Al mismo tiempo, indagan las causas subyacentes de la segregación dentro y fuera del mercado de trabajo (las principales ocupaciones femeninas refuerzan los estereotipos de la feminidad que se transmiten de generación en generación: trabajadora servicial, dispuesta a ocuparse de los demás, dócil amante del hogar, que precisa menor instrucción y formación).

#### b.1) Acciones comunitarias

La Comisión (COM (96) 88 final, de 27 de marzo de 1996) distingue tres tipos de acción positiva: las medidas encaminadas a resolver las situaciones desfavorables para las mujeres en el mercado de trabajo, orientación y formación profesional; las medidas dirigidas a conseguir un equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales, tiempo de trabajo, guarderías infantiles, etc.; y aquellas dirigidas a compensar las discriminaciones del pasado estableciendo preferencias a favor del grupo desventajado. Este tercer tipo puede implicar medidas como las cuotas o los objetivos<sup>27</sup>.

Paradójicamente, el último Informe presentado por la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales sobre la decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las medidas comunitarias de incentivación del empleo, presentado el 25 de enero de 2001, no prevé análisis ni evolución alguna de manera específica para hombres o mujeres (que sí lo hace sobre los factores que explican las tendencias del

---

<sup>27</sup> MOLINA GARCÍA, M.: «Proyecto Docente», p. 140.



empleo, el marco político general, etc.)<sup>28</sup>; lo cual hubiera sido imprescindible, si tenemos en cuenta que el paro en Europa es, en su mayor parte, femenino. Finalmente, y entre otras cosas, también es criticable que la propuesta de la Comisión únicamente contemple el Programa de Inclusión Social y el Programa Marco para Acciones de Investigación, Demostración y Desarrollo Tecnológico; y no tenga en cuenta el Programa Marco sobre Igualdad entre Hombres y Mujeres (2001-2005)<sup>29</sup>, con el objetivo de evitar solapamientos innecesarios, puesto que a través del mismo se financian también acciones de análisis y evaluación de todos aquellos factores y políticas que estén directamente relacionados con la igualdad<sup>30</sup>.

Finalmente, entre las prioridades señaladas por la Comisión, en su reunión de Bruselas de 7 de febrero de 2001, aparecen una serie de áreas sobre las que alcanzar acuerdos en el Consejo Europeo de Estocolmo, a celebrar los días 23 y 24 de marzo de 2001, entre las que, en esta materia se hace sólo una breve referencia a la creación de 2.6 millones de nuevos puestos de trabajo respecto a los creados en el 2000; reconociendo que el nivel de desempleo en la UE es todavía muy alto. En esa línea, reconocen que si se pretende alcanzar el objetivo del pleno empleo para el final de la década, hay que hacer más por ayudar a las mujeres y a los trabajadores mayores a integrarse en el mercado de trabajo. Son necesarios nuevos objetivos para alcanzar mayores cotas de empleo femenino para focalizar políticas de acción y favorecer el progreso.

En el Consejo de 6 de marzo de 2001 sobre Empleo y Política Social, además de, entre otras cosas, disertar sobre los trabajos preparatorios del Consejo de Estocolmo, no se hace referencia alguna a la política de igualdad de la mujer.

Ya en el Consejo Europeo de Estocolmo aparecen breves referencias como la de establecer para enero de 2005 unos objetivos intermedios para las tasas de empleo en toda la Unión del 67% en general y del 57% para las mujeres<sup>31</sup>.

## b.2) Experiencia española

En España, hasta 1995 nuestra normativa en este tema estaba en situación de incumplimiento por insuficiente transposición de la comunitaria —artículo 119 Tratado de Roma y Directiva 75/117/CEE—, según la propia jurisprudencia del

---

<sup>28</sup> Entre las prioridades de Estocolmo, el Consejo Europeo invita al Consejo y a la Comisión a que elaboren para 2002 indicadores sobre el suministro de medios para la atención a niños y otras personas dependientes y sobre los regímenes de ayudas familiares, «Conclusiones de la Presidencia» SN 100/01, p. 3.

<sup>29</sup> Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000 (DOCCEE L17/22, 10-1-2001)

<sup>30</sup> AVILÉS PEREA, M.A.: (Ponente de opinión) sobre la Propuesta de Decisión del Parlamento y el Consejo relativa a medidas comunitarias de incentivación del empleo, *Doc. de Sesión, Parlamento Europeo, A5-0018/2001*, p. 24.

<sup>31</sup> «Conclusiones de la Presidencia» SN 100/01, p. 2.

TJCE. La reforma de 1994 no hace referencia al «trabajo de igual valor», pero cuando en 1995 lo introduce, lo hace de forma incompleta ya que el nuevo precepto no concreta en modo alguno cuándo debe entenderse que dos trabajos son de igual valor, ni aporta criterio alguno para valorar los trabajos.

En esta materia, como en otras muchas relacionadas con la prohibición de discriminación, la jurisprudencia del TC, influida por la del TJCE, resulta de esencial importancia. Es lamentable, sin embargo, reconocer que, nuestro país, en determinadas cuestiones de Derecho interno va «por detrás» del Derecho Comunitario; hay previsiones comunitarias que aún no se han desarrollado, o lo han sido tardía e insuficientemente<sup>32</sup>.

Hay importantes sentencias sobre el principio de retribuciones, entre ellas la 145/91, la 58/94 y la 147/95, en las que se señala que el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo en la retribución, derivado del general de desigualdad del artículo 14 CE, debe ser interpretado en el sentido que establece la normativa internacional y comunitaria, como referido no sólo a trabajos iguales, sino a trabajos «de igual valor» abarcando así también «todos aquellos supuestos en los que se produzca una desigual valoración de trabajos no estrictamente iguales pero equivalentes o de igual valor, desde el punto de vista de la naturaleza y condiciones de la prestación, en cuya desigual valoración sea elemento determinante el sexo o factores vinculados al mismo; excluye que la valoración diferente del trabajo realizado, pueda tener lugar mediante la aplicación de criterios vinculados al sexo de los trabajadores y, en particular a la condición de mujer, por reflejar infravaloraciones sociales o económicas del trabajo femenino...».

En la STC 58/94, el Tribunal señala que no se trata de una discriminación salarial directa (retribuciones diferentes para trabajos iguales), sino de discriminación salarial indirecta (retribuciones diversas para trabajos diferentes pero de igual valor), el juicio constitucional se hace más complejo y ha de tener en cuenta una serie de criterios que han de ser utilizados conjuntamente, para lo que ha de contarse con las reglas que al respecto ha elaborado el TJCE, que pueden sintetizarse en tres:

---

<sup>32</sup> La única profesión formalmente vetada a las mujeres con vigencia postconstitucional, el acceso a las fuerzas armadas y academias militares, fue parcialmente derogada por el RD 1/1988 y totalmente mediante la STC 216/91. Sobre esta cuestión, la STJCE 11-1-00 (caso «KREIL, C. y BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND») se pronunció señalando que resultan contrarias a la Directiva 76/207, las disposiciones del Derecho alemán que, de manera general, excluyen a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de armas y que sólo autorizan su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. Respecto de otros trabajos, tradicionalmente considerados pesados, insalubres, nocivos, peligrosos, subterráneos o nocturnos, que les estaban prohibidos con base en la presunta inferioridad psico-física femenina, el TC ha sido especialmente tajante con apoyo en jurisprudencia comunitaria (casos HOFFMANN 184/83, de 1984 y JHONSTON 222/84, de 1986); la STC 229/92 dice que toda la normativa originariamente protectora de la mujer, como sujeto fisiológicamente más débil, responde a prejuicios y opiniones preconcebidas que juegan un papel importante en la formación y mantenimiento de discriminaciones.



- a) Cuando existan categorías predominantemente ocupadas por trabajadores de uno u otro sexo, desigualmente retribuidas y no exista transparencia en la determinación de los criterios retributivos, el empresario deberá poner de manifiesto cuáles son esos criterios para excluir toda sospecha de que el sexo haya podido ser el factor determinante de la diferencia.
- b) El parámetro de igualdad en este punto no es la identidad de tareas, sino la igualdad o desigualdad del valor del trabajo.
- c) Los propios criterios de valoración del trabajo no pueden ser por sí mismos discriminatorios. Según la Directiva 97/80, un sistema salarial que implique una valoración basada exclusivamente en criterios propios de puestos de trabajo tradicionalmente masculinos (como el esfuerzo físico) resultaría discriminatorio, por perjudicar sistemáticamente a la mano de obra femenina<sup>33</sup>.

Sólo del juego conjunto de estas tres reglas es posible deducir si se ha realizado correctamente el juicio de igualdad<sup>34</sup>.

Por su parte, nuestro Derecho carece de definición legal del concepto de acción positiva, lo que es frecuente en el resto de los Estados de la UE en los que la adopción de este tipo de medidas tiene ya una dilatada experiencia. Una vez más el TC es el que lo hace operativo en nuestro país, que basa su doctrina, no tanto en la normativa comunitaria, sino en la Convención de NNUU sobre «Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer» de 1979. Es a partir de la STJCE MARSCHALL cuando nuestro TC puede adoptar como punto de referencia interpretativo la doctrina comunitaria.

## B. LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA

La introducción de la perspectiva de género está en el examen de las consecuencias desiguales para hombres y mujeres que derivan de la utilización de un criterio diferenciador formalmente no sexista y está en la base, como es sabido, de la noción de discriminación indirecta.

El enfoque de la dimensión de género permite distinguir mejor entre el plano del sexo, referido a diferencias fisiológicas universales, o que afectan sobre

---

<sup>33</sup> Una valoración para ser neutra ha de ser sexualmente equilibrada. En esta línea el TJCE ha afirmado que para que un sistema de clasificación de tareas no sea como tal discriminatorio y respete el principio de igualdad, no podrá centrarse como criterio decisivo en el esfuerzo físico, la fatiga muscular o el grado de penosidad física; sin tener en cuenta también la consideración de otros criterios para los cuales los trabajadores de cada sexo sean susceptibles de presentar aptitudes particulares, de modo que el hecho de basarse sólo sobre valores correspondientes a características medias de los trabajadores de un solo sexo, como el esfuerzo físico, constituye una discriminación fundada en el sexo (RUMLER, 1986).

<sup>34</sup> RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Discriminación», pp. 9-10



todo al tema de la maternidad, y el plano del género, que se refiere a diferencias aprendidas, variables en el tiempo y según las diferentes culturas, y que reflejan en el plano social y económico un reparto desigual de roles, responsabilidades, constricciones, oportunidades y necesidades de los hombres y mujeres, que ha de tratarse de corregir para evitar que la diferencia de sexo se convierta en desventaja para las mujeres<sup>35</sup>.

Con frecuencia, las mujeres se ven obligadas a abandonar el mercado laboral después de la maternidad, debido a la falta de estructuras y servicios para el cuidado de niños y para el cuidado de otras personas que no pueden valerse por sí mismas; por tanto, las acciones dirigidas a fomentar la compaginación del trabajo y de la vida familiar siguen constituyendo un importante objetivo<sup>36</sup>. En nuestro caso, y con toda claridad, aun después de la promulgación de la Ley 39/99, que supuso la transposición de las Directivas 92/85 sobre seguridad y salud en supuestos de maternidad y la 96/34 sobre permiso parental y ausencia por fuerza mayor como medio de conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad.

La prohibición de despido por embarazo pretende evitar a la trabajadora embarazada cualquier riesgo de despido por motivos relacionados con su estado y comprende la hipótesis de las ausencias al trabajo debidas a una enfermedad o trastorno fisiológico causados por el embarazo y que impidan desarrollar la prestación laboral convenida, las cuales —ausencias— no pueden justificar el despido.

En su origen, el concepto de discriminación indirecta trató de superar las dificultades de delimitar el motivo o intención discriminatorio, elemento subjetivo definitorio de la discriminación. La noción de discriminación indirecta supone un paso más: sustituir el elemento subjetivo de la motivación o propósito discriminatorio, por un elemento objetivo, que pone el acento ahora en la efectiva lesión del bien jurídico protegido, la igualdad, ante el impacto adverso para las mujeres de una exigencia o requisito, aparentemente neutro. Lo que trata de evitarse con el concepto de discriminación indirecta es la utilización de requisitos o criterios derivados en buena parte de la adopción de estándares masculinos, que en su puesta en práctica generan desigualdades o consolidan desigualdades preexistentes.

Según el TJCE, «...en las discriminaciones indirectas la intencionalidad del autor de la discriminación es irrelevante [...] para detectar la discriminación debe efectuarse la comparación, no entre individuos singulares, sino entre grupos y, en el caso de la discriminación sexual, entre personas pertenecientes a uno y otro sexo».

La noción de discriminación indirecta es algo bastante más amplio que un tema de alteración de carga de la prueba. Se trata de imputar el carácter antidiscriminatorio de la medida desde el plano de los efectos, del impacto desfavorable para las mujeres de determinados criterios de clasificación o de diferenciación.

---

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación», p. 3.

<sup>36</sup> GHILARDOTTI, F.: «Informe», p. 20.



El ordenamiento español carece de una definición legal de la misma, como ocurre, por cierto, en muchos Estados miembros de la UE; sin embargo, el concepto es operativo gracias a la STC 145/91, que lo introduce con base en la STJCE Rummler 1988, seguida después en las SSTC 58/94 y 147/95<sup>37</sup>.

El TC ha asumido con todas sus consecuencias la noción de discriminación indirecta, aunque, al mismo tiempo, al aplicarla en relación con la igualdad salarial quizás no haya deslindado con toda claridad la relación de la discriminación indirecta en sentido propio con el principio de igualdad de salario por trabajo de igual valor, que está más cerca de la noción de discriminación directa.

La sustitución de «igual trabajo» por «trabajo de igual valor» trataba de responder a las manifestaciones más burdas de discriminación directa en el empleo. La reducción de la segregación sexista de los empleos pasa necesariamente por corregir las diferencias de valoración de los empleos en relación con la mayoría de género que los ocupa.

No se trata ya de que tareas realizadas predominantemente por mujeres están peor pagadas que las realizadas predominantemente por hombres, con un mismo nivel de cualificación, como ocurre sobre todo, aunque no sólo, en los trabajos menos cualificados. Éste es un ejemplo de discriminación de género.

La técnica de la discriminación indirecta, que completa el mecanismo de protección del trabajo de igual valor, se aplicaría preferentemente en los importantes problemas de diferencias de género en el empleo y la ocupación, en los beneficios sociales no estrictamente salariales y respecto a los temas salariales para las consecuencias de las modalidades de contratación mayoritariamente femeninas (por ejemplo trabajo a tiempo parcial<sup>38</sup> o ciertas formas de trabajo precario).

Siendo el valor de las tareas, y no la igualdad entre ellas, el parámetro (STC 58/94) para fijar la justeza de las diferencias salariales, los criterios para jerarquizar los salarios y para trazar los posibles escalones de la carrera profesional son básicos en la determinación de los sistemas de clasificación profesional.

Ello afecta muy directamente a los sistemas de clasificación profesional o de valoración de tareas que se utilizan para jerarquizar los salarios y para trazar los posibles escalones de la carrera profesional.

Parece que respecto de la igualdad de trato y prohibición de discriminación directa por razón de sexo en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, la interpretación que el TC realiza es paralela a la que el TJCE refleja en sus sentencias en interpretación de la Directiva 76/207, aunque no manifieste expresamente su

---

<sup>37</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad*, p. 96.

<sup>38</sup> La contribución más interesante del TJCE en materia de discriminación retributiva indirecta deriva del filón jurisprudencial sobre el trabajo a tiempo parcial. La tutela del trabajo a tiempo parcial, en el que se concentra la mano de obra femenina, ha permitido al TJCE forjar un principio general comunitario de no discriminación por razón de sexo que ha constituido el apoyo de ulteriores intervenciones normativas, CARUSO, B.: «La aplicación judicial», p. 93.



intención de basarse en la misma y aunque, en algunos casos, parece confundir las medidas de acción positiva y las de protección.

Es más fácil por ello resolver el problema de la igualdad salarial en empleos de relativo nivel, donde el problema realmente es el acceso de la mujer a ciertos niveles de empleo, que en los trabajos menos cualificados donde se mezcla el problema de la igualdad salarial con el de la demanda de una mejora salarial sin más<sup>39</sup>.

La definición jurisprudencial adolece de cierta falta de claridad, resultando mucho más comprensible la contenida en la Directiva 97/80 sobre carga de la prueba. Probablemente por diversas razones (relativa novedad en nuestro ordenamiento, escaso conocimiento de la normativa y jurisprudencia comunitaria en la materia, escasa sensibilidad de una parte de la sociedad frente al tema de la discriminación por razón de sexo) es reseñable el insuficiente conocimiento del significado de discriminación indirecta, no sólo por parte de las trabajadoras, lo que hasta cierto punto puede ser comprensible, sino por las partes sociales —empleadores y sindicatos<sup>40</sup>— e incluso por una parte importante de los operadores jurídicos españoles<sup>41</sup>. En el primero de los aspectos señalados, dice el artículo 15.1 de la Propuesta de Directiva que los Estados miembros adoptarán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 31 de diciembre de 2002, «o bien podrán confiar su aplicación a los interlocutores sociales, a petición conjunta de éstos, por lo que respecta a las disposiciones que correspondan al ámbito de los convenios colectivos. En tal caso, los Estados miembros se asegurarán de que, a más tardar el 31 de diciembre de 2002, los interlocutores sociales hayan establecido de mutuo acuerdo las disposiciones necesarias, debiendo los Estados miembros interesados tomar las disposiciones necesarias para poder garantizar, en todo momento, los resultados fijados por la presente Directiva».

Una reciente Sentencia de nuestro TC, la 250/2000, de 30 de octubre, es una buena demostración de la insuficiencia de los mecanismos judiciales para asegurar la igualdad efectiva de salarios entre hombres y mujeres por trabajos de igual valor<sup>42</sup>.

### C. ACCESO AL EMPLEO Y PROTECCIÓN SOCIAL

En relación con el acceso al empleo, de la misma manera que no sería admisible la exclusión genérica de determinada actividad profesional a trabajadores de

---

<sup>39</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Discriminación», pp. 5-8.

<sup>40</sup> Quienes deberían jugar un papel esencial en el ámbito específico de las relaciones de trabajo, convirtiendo a la negociación colectiva en un instrumento especialmente cualificado para llevar a cabo la función promocional y correctora de los desvíos directos o indirectos del principio de igualdad, CASAS BAAMONDE, M.E.: «Transformaciones», p. 102.

<sup>41</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad*, p. 97.

<sup>42</sup> *Vid.* comentario de la misma en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y BRAVO-FERRER, M.: «Feminización de tareas y masculinización de valoraciones», *RL* núm.3, 2001, pp. 1-15.

un determinado sexo, salvo que existiera conexión entre el sexo y el cumplimiento del trabajo (caso *STOECKEL* 345/89, de 1991), es también inadmisibles hacer abstracción de aquellas diferencias biológicas legítimas, como la menor fortaleza física y la menor capacidad de levantar pesos que justifican y exigen un tratamiento razonablemente diferente; de tal manera que una mujer no puede ser excluida por no reunir una condición no exigida en la convocatoria, para la que tiene una aptitud propia de la mayoría de las personas del sexo femenino: carecer de fuerza suficiente para levantar determinados pesos. En este caso concreto, el Ministerio Fiscal señaló que al no deducirse de lo actuado que la recurrente fue adscrita ilegítimamente a un puesto de trabajo que no iba a poder realizar, no existía discriminación indirecta. Si así hubiera sido, sigue diciendo, habría que examinar si el puesto de trabajo asignado, por su propia naturaleza, presupone una verdadera discriminación indirecta. El Fiscal, que informó el caso, olvida que la intencionalidad discriminatoria, no sólo no es exigible para constatar la existencia de «discriminación indirecta», porque entonces se trataría de una «discriminación directa oculta». También ignora que no existen puestos aptos o inaptos para la condición femenina: tanto hombres como mujeres que se consideren y sean aptos para desarrollar un determinado puesto de trabajo, deben tener reconocido el derecho a acceder al mismo sin discriminación por razón de sexo.

Las SSTC 145/91 y 147/95, así como el TJCE (caso *BILKA* 170/84, de 1986), insisten en la prohibición de las medidas de protección de la mujer (excepto las relativas a la maternidad), señalando que «...la radical exclusión de la mujer del acceso a aquellos trabajos que objetivamente exigen para su correcto desenvolvimiento de un esfuerzo físico, es inaceptable, a la luz del artículo 14 CE, cuya prohibición obliga, por el contrario a adoptar un criterio neutro, predicable por igual del hombre y de la mujer y a valorar individualizadamente la idoneidad de cada cual para el adecuado desenvolvimiento de las funciones del puesto de trabajo. Llegándose a decir que el concepto de igualdad de trato requiere un enfoque ofensivo para realizar activamente la igualdad de oportunidades. Las acciones en el marco de una participación proporcional aseguran la participación de todos los grupos en los ámbitos del empleo y la ocupación<sup>43</sup>.

---

<sup>43</sup> Esta última es la justificación de una enmienda a la Propuesta de Directiva del Consejo relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aprobada por unanimidad el 14-9-2000. En la doctrina alemana ha sido polémico el tema de la constitucionalidad de un régimen de cuotas, en principio hipotético, en la contratación o en la promoción en favor de la mujer. El término «cuota de mujeres» es muy genérico. Daubler distingue entre las cuotas «por decisión», que implican que en el caso de contratación o promoción, a igualdad de cualificación las mujeres tengan preferencia frente a los candidatos varones, y las cuotas «por resultados», que fijan objetivos de igualdad a lograr en un determinado período de tiempo, y si la cuota no se consigue en el plazo previsto obliga a justificarlo demostrando la existencia de motivos objetivos para la selección no relacionados con el sexo. Sobre esta segunda fórmula no parece haber dudas de constitucionalidad. No se establecen medidas concretas en perjuicio de trabajadores determinados, además se evitan riesgos de discriminaciones indirectas u ocultas. Los supuestos debatidos



En la materia regulada por la Directiva 79/7/CEE (principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la protección social pública), la situación española tanto normativa como jurisprudencial resulta bastante menos adecuada a los principios establecidos en la normativa y jurisprudencia comunitarios que en los otros ámbitos tratados. No se encuentran sentencias en materia de protección social que hagan referencia al Derecho o jurisprudencia comunitarios.

La conclusión es que la labor interpretativa que el TC ha realizado sobre la base de los artículos 14 y 9.2 CE ha resultado de esencial importancia; de un lado ha actuado como instrumento de importación desde el ordenamiento jurídico comunitario a nuestro ordenamiento jurídico interno, de conceptos clave de la tutela antidiscriminatoria, como el de «discriminación indirecta»; de otro ha elaborado los principios que sirven de base constitucional de la «acción positiva».

Sin embargo, parece manejar con más acierto desde la óptica comunitaria los conceptos en relación con el ámbito cubierto por el artículo 119 y la Directiva 75/117 (el retributivo) que respecto del correspondiente a la Directiva 76/207 (el del acceso al empleo y las condiciones de trabajo) y deja bastante que desear respecto del ámbito de la protección social, en el que no hace referencia alguna al Derecho Comunitario y Jurisprudencia Comunitaria (entre la más recientes Casos «HEPPLÉ Y OTROS C/ADJUDICATION OFFICER», de 23-5-00; «DEFREYN C/SABENA; S.A.», de 13-7-00; «KACHELMAN C/BANKHAUS», de 26-9-00 y «FERLINI C/CENTRE HOSPITALIER DE LUXEMBOURG», de 3-10-00) parece mostrar una postura más restrictiva de la esperable a la vista de la que sostiene en otros ámbitos<sup>44</sup>.

---

en la doctrina alemana son aquellos en los que la preferencia por la mujer se especifica y concreta en el perjuicio de un determinado candidato varón, relegado precisamente en razón de su sexo. No se cuestiona la legitimidad de la finalidad perseguida, pero se critica utilizar el sexo como elemento subjetivo de diferenciación pasando de un plano general (la subrepresentación por actuaciones pasadas) a un plano concreto, el de la decisión a adoptar y haciendo víctima de esa subrepresentación a un candidato varón que ninguna responsabilidad ha tenido en que se haya producido esa situación. Frente a estas posturas críticas, otro importante sector de la doctrina mantiene que las cuotas a favor de la mujer están legitimadas por el contenido objetivo del artículo 3.II GG, no contradicen otros bienes constitucionales, son proporcionadas y adecuadas a la situación, e incluso encontrarán base en el principio democrático. Para Daubler, el señalamiento de cuotas sólo infringe el principio de proporcionalidad cuando el empresario deba dar preferencia a las mujeres sin tener en cuenta la cualificación; es compatible con el artículo 3 GG, pero, en cualquier caso, serían preferibles las cuotas por resultados. Este sistema, ha dicho el Tribunal, es algo más que un *obiter dicta* y que, además, es inadmisibles a la luz de la Directiva porque sustituye «la promoción de igualdad de oportunidades... por su resultado». Esta críptica afirmación es de difícil interpretación, clarifica poco y provoca muchas dudas, ya que las medidas de acción positiva deben ser examinadas en función de sus finalidades y de sus efectos a la luz de los cuales deben valorarse la razonabilidad y proporcionalidad de sus medios que habrán de implicar un tratamiento desigual. Por su naturaleza crean un «derecho desigual», con la intención de remover anacrónicas diferencias de hecho entre hombres y mujeres, se caracterizan por ser «tratamientos diferenciados en relación al sexo» (Gaeta y Zoppoli). RODRÍGUEZ-PINERO, M. y BRAVO FERRER, M.: «Discriminación, igualdad de trato y acción positiva», en AAVV: *La igualdad de trato*, pp. 98-111.

<sup>44</sup> PÉREZ DEL RÍO, T.: *Mujer e igualdad*, p. 121.

## D. CONCLUSIÓN

Sigue faltando en toda esta materia un análisis transversal de las diferentes concepciones culturales con respecto a la posición y el papel de las mujeres en la vida familiar y social. Por ejemplo, en qué medida existe un bloqueo a las posibilidades de las mujeres de alcanzar los puntos más altos de las jerarquías sólo por ser mujeres y en qué medida se debe a que las mujeres siguen siendo las principales responsables del bienestar familiar. Como bien se ha dicho, no basta con la igualdad en el «punto de partida», sino en todo el recorrido, utilizando «armas parejas» —eliminando las consecuencias desfavorables que derivan de la existencia de diferencias sociales y culturales entre ambos sexos—, para corregir la igualdad en el «punto de llegada», en los resultados<sup>45</sup>.

Como recientemente ha observado Romagnoli, hoy la estrategia de la igualdad parece más predicable que practicable. Actualmente la fragmentación social, las divisiones transversales de tipo social pero también generacional, existencial y racial que cruzan el movimiento femenino, hacen las estrategias de la igualdad seguramente más problemáticas.

Paradójicamente, se puede afirmar que las estrategias emancipativas de la paridad entre los sexos han producido nuevas e imprevisibles desigualdades y que el Derecho del Trabajo, para perseguir la igualdad entre los trabajadores, debe mediante una ulterior paradoja valorar la diferencia, aproximándose a una diversificación normativa<sup>46</sup>.

Existen, sin duda, grandes diferencias entre los distintos países, diferencias que pueden incluso aumentar cuando los países candidatos entren como miembros en la UE. Polonia, por ejemplo, tiene, por lo general, una concepción muy tradicional de la mujer, aunque naturalmente, también existen excepciones a la regla. Pero se trata de planteamientos frente a los cuales es necesario actuar, en particular teniendo en cuenta que, con vistas a la próxima ampliación de la UE, se van a destinar importantes recursos económicos y políticos a la realización de esta importante tarea y que no se dará necesariamente la prioridad a las reformas necesarias en materia de igualdad<sup>47</sup>.

---

<sup>45</sup> BALLESTERO, M.V.: «Acciones positivas. Punto y aparte», DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, 1996, pp. 100-101.

<sup>46</sup> CARUSO, B.: «La aplicación judicial», pp. 95-96.

<sup>47</sup> DYBKJAER, L.: «Informe», p. 10. Las mujeres siguen estando infrarrepresentadas en los procesos de toma de decisiones. El hecho de que el 50% de la población no esté plenamente representado, ejerce, sin duda, una influencia negativa en la sociedad en general. Pese a que la evolución ha sido más bien modesta, hay más mujeres parlamentarias ocupando puestos en un determinado número de asambleas parlamentarias de Europa. A pesar de que la representación de las mujeres no alcanza el 50%, las elecciones al PE fueron positivas, dado que se logró un acercamiento a la cifra mágica del 30%. En los Estados miembros, la situación sigue siendo muy distinta. Grecia cuenta con un 6,9% de representación femenina, mientras que los países escandinavos se sitúan por encima de la media de la UE con casi un 40% (Suecia a la cabeza con el 42,7%). Esta situación se explica, en



Si bien la igualdad todavía no es una realidad en los Estados miembros, si se puede afirmar que la situación es mucho mejor que en determinados países candidatos a la adhesión.

Teniendo en cuenta que la igualdad de oportunidades para las mujeres constituye un factor esencial en la construcción de una sociedad democrática y social, es importante utilizar todas las posibilidades que se presentan en el marco de las negociaciones relativas a la ampliación, para que la igualdad de oportunidades para las mujeres sea la misma que en la Unión en su conjunto y para que los Estados miembros actuales de la UE no experimenten un retroceso.

Por consiguiente, es importante que los países candidatos hayan traspasado el acervo comunitario a sus legislaciones antes de su adhesión. Aún más importante es que los países candidatos hayan creado estructuras que permitan garantizar el respeto de los derechos de las mujeres y la igualdad de oportunidades. Una manera sería, por ejemplo, la creación de unidades especiales competentes para las cuestiones de igualdad en los ministerios, un defensor del pueblo igualmente responsable para las cuestiones de las mujeres o un sistema jurídico apropiado para tratar las cuestiones de igualdad.

Si bien los países candidatos en general han mostrado siempre un elevado grado de participación tanto en el mercado laboral como en el proceso de decisión, también es cierto que se trataba más de una igualdad formal que real. Por ejemplo, en Polonia las mujeres aceptaban un tercio del salario de los hombres en los empleos tradicionalmente masculinos.

---

parte, por el nivel de formación y el porcentaje de actividad de las mujeres. Por ello, la solución de la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones requiere un enfoque más global que hasta ahora. Conviene, a largo plazo, reforzar las competencias y las cualificaciones profesionales y, a corto plazo, conviene formar e informar a las candidatas. Otra parte de la explicación es la importancia de los sistemas electorales en cuanto a la posibilidad que tienen las mujeres para estar representadas. Naturalmente, los partidos políticos tienen una responsabilidad democrática de apoyar la posibilidad de las mujeres de participar en igualdad de condiciones que los hombres. Las cuotas son una posibilidad. Un reparto igual de las cabezas de lista entre mujeres y hombres es otra posibilidad. Una tercera posibilidad serían los votos personales. Lo que importa es que los diferentes Estados miembros y partidos encuentren su propio método, de manera que los ciudadanos puedan elegir de una manera equitativa y democrática al candidato que quieren que les represente. Si consideramos la composición de los gobiernos, aparece de nuevo que los países escandinavos cuentan con un 45 a un 50% de mujeres ministras, frente al 7% de, por ejemplo, Grecia. No obstante, como subraya el informe para 1999, es característico que los gobiernos cuentan con un porcentaje de mujeres más elevado que los parlamentos. En otros ámbitos como, por ejemplo, las organizaciones sindicales, un estudio realizado recientemente por la Confederación Europea de Sindicatos (CES) muestra que la participación de las mujeres en las decisiones sindicales en Europa sólo ha aumentado del 23% al 28% en el periodo 1993-1998. Es importante llevar a cabo un debate a escala europea sobre estas diferencias y, para garantizar un debate más cualificado, es importante poder fundamentar los argumentos con un sistema común de indicadores o «Benchmarking». Los nueve indicadores desarrollados por la Presidencia finlandesa constituyen una buena iniciativa que conviene desarrollar en otros ámbitos.

Para ellas, lo importante era acceder al sector laboral en cuestión. Esto se consideraba como igualdad. En relación con el desmoronamiento de los sistemas políticos de la Europa Oriental y la reorganización de las economías, la igualdad entre mujeres y hombres ha experimentado, por desgracia, un claro retroceso.

En particular, la participación femenina en el proceso de toma de decisiones es extremadamente baja. Lituania, con la representación más alta, contaba en 1998 con un 17,5% de parlamentarias, frente al 5,4% de Chipre.

Al igual que en la UE, los países candidatos tienen problemas de desempleo y, en especial, con el porcentaje de mujeres en paro. Por el momento, los países candidatos se encuentran en una situación doblemente grave: por una parte, los países van a experimentar una tasa mayor de desempleo hasta que hayan terminado de reformar sus economías y, por la otra, ya no existen las mismas posibilidades para el cuidado de los niños que antes. Esto dificulta la posibilidad de reintegración de las mujeres en el mercado laboral. Hay que mejorar las facilidades para el cuidado de los niños, pero, en cualquier caso, se trata de un problema que la UE debe contribuir a solucionar con los países candidatos. La ampliación de la UE es un proyecto muy importante para la continuación del desarrollo de Europa y conviene partir de la idea de que la ampliación es para todos, incluidas las mujeres de los países candidatos.

Pero hay más, el compromiso de la UE en el Mundo no acaba en los países candidatos; también tenemos una importante responsabilidad en relación con los países en vías de desarrollo. El porcentaje de personas que en la actualidad viven en situación de extrema pobreza (es decir, con un dólar diario) está aumentando; según el informe del Banco Mundial de 1999/2000 la pobreza extrema ha aumentado de 1.200 millones en 1987 a 1.500 millones en la actualidad.

Lamentablemente, la pobreza se reparte de manera muy desigual entre hombres y mujeres, siendo las mujeres el sector más afectado. Esta situación es penosa dado que, por regla general, las mujeres en los países en vías de desarrollo asumen la principal responsabilidad del bienestar de la familia. Son las mujeres quienes tradicionalmente son la base de la salud, la formación, etc., de las siguientes generaciones. Por ello, hay que felicitarse de que la UE y los Estados miembros hayan introducido la dimensión de los géneros en la cooperación con los países en vías de desarrollo, en lo que respecta tanto a la lucha contra la pobreza como a los derechos humanos.

Los derechos humanos constituyen, en particular, un problema grave. Como señalaba Cecilia Malmström en su informe sobre los derechos humanos, las mujeres de todo el mundo están expuestas a enormes desigualdades de trato. En algunos países las mujeres y las jóvenes tienen negado el acceso a la educación y al mercado laboral. Se les niega el derecho a voto o a mostrarse en público. Son víctimas de violaciones como parte de una intimidación sistemática del enemigo en los conflictos armados. Cada día, miles de niñas sufren ablación del clítoris.

La trata de blancas se ha convertido en una actividad internacional organizada. Además, las mujeres de todo el mundo son objeto de violencias domésticas.

Así pues, queda un largo camino por recorrer. Numerosos factores intervienen para asegurar mejores oportunidades a las mujeres de los países en vías de desa-



rollo, por ejemplo, la falta de coherencia de la política de desarrollo que se refleja sobre todo en la ausencia de integración de los países en vías de desarrollo en los mercados mundiales, y la falta de inversiones en el sector social, etc., requiere una solución sensata para solucionar los problemas de las mujeres en los países en vías de desarrollo<sup>48</sup>.



---

<sup>48</sup> Informe Anual de Cecilia Malmström sobre los derechos humanos en el mundo y la política de derechos humanos de la UE, 1999, A5-0060/2000.