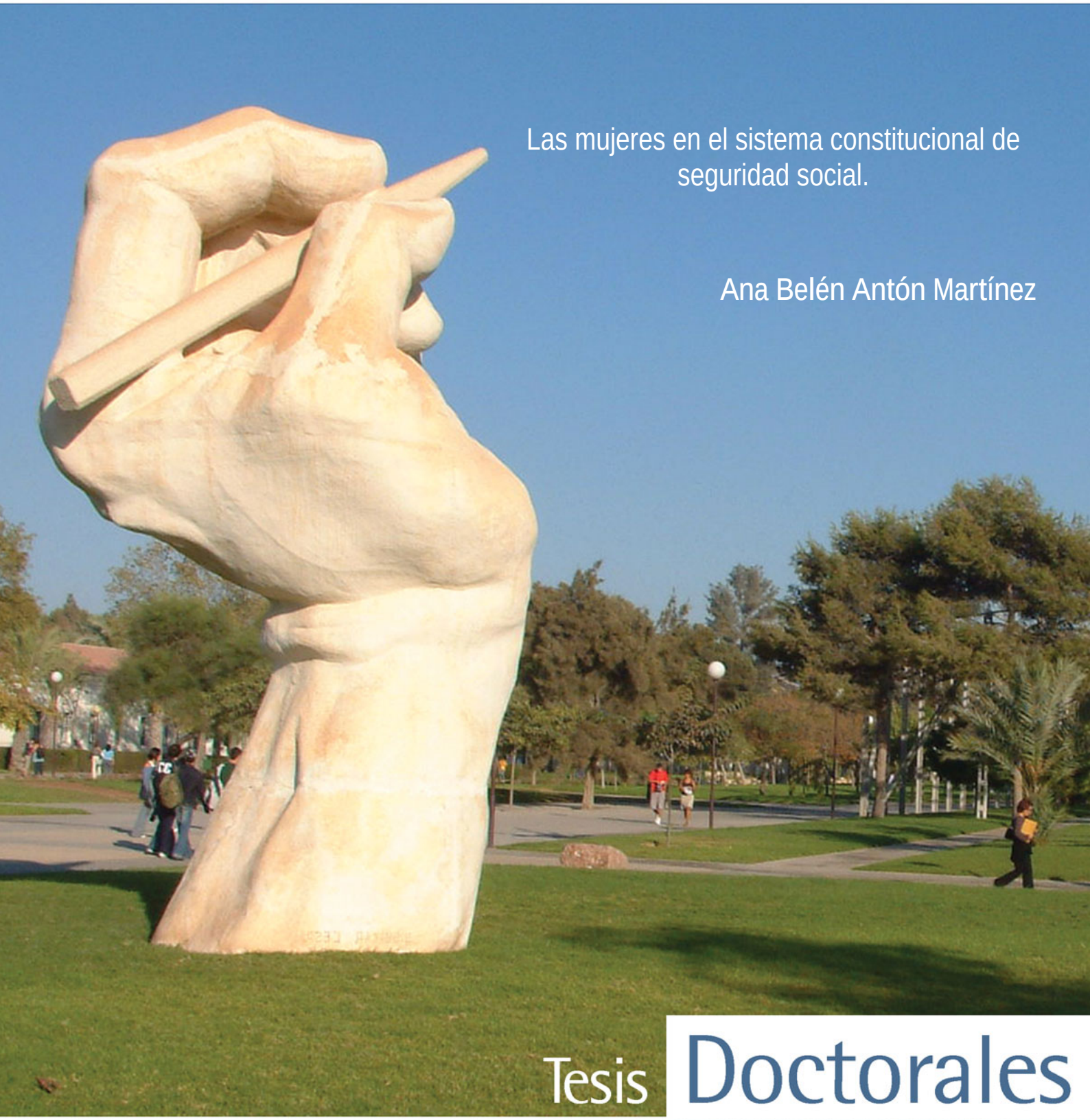
Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante



Las mujeres en el sistema constitucional de seguridad social.

Ana Belén Antón Martínez

Tesis Doctorales

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE

ISBN: 84-690-3123-6 · Depósito Legal: A-1163-2006

Tesis Doctorales

UNIVERSIDAD de ALICANTE

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Estudios Jurídicos del Estado

Las mujeres en el sistema constitucional de seguridad social

ISBN: 84-690-3123-6· Depósito Legal: 1163-2006

Ana Belén Antón Martínez

Alicante, 2006

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN.

1. EL ESTADO SOCIAL Y LAS MUJERES

1.1. TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO LIBERAL EN ESTADO SOCIAL

1.1.1. Marco General.

1.1.2. Repercusiones de esta transformación en las mujeres.

1.2. CRISIS DEL ESTADO SOCIAL.

1.2.1. Análisis de las consecuencias de la crisis del Estado social.

1.2.2. Los “grandes retos” visibles del Estado social contemporáneo

1.3. LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS MUJERES.

1.3.1. Consideraciones generales sobre los derechos sociales: protección social.

1.3.2. Los derechos sociales en la Constitución española

Universitat d’Alacant
Universidad de Alicante

1.4. BRECHA ENTRE LA IGUALDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD DE FACTO. LAS MUJERES COMO CIUDADANAS DE SEGUNDA CATEGORÍA.

1.4.1. Igualdad de mujeres y hombres ante la ley y en la ley como derecho fundamental.

1.4.2. Tratamiento jurídico frente a las desigualdades de género

1.4.3. Situación fáctica de las mujeres en materia social

1.5. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

1.5.1. La constitucionalización del derecho a la seguridad social

1.5.2. La estructuración de la normativa estatal en el Estado social español

1.5.3. Intervención de las Comunidades Autónomas en la garantía jurídica de la protección social

1.5.4. La mediación de los Convenios Colectivos en la determinación del contenido del derecho de la seguridad social. Aplicación a los contenidos convencionales sobre género

2. LAS MUJERES Y EL MERCADO DE TRABAJO.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO

2.1.1. Planteamiento General.

2.1.2. Dificultades con las que se encuentran las mujeres en el ejercicio de su derecho constitucional a trabajar

2.2. LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN POSITIVA CON RELACIÓN AL OBJETIVO DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES.

2.2.1. Algunos apuntes sobre las medidas de acción positiva.

2.2.2. Estrategias para la igualdad a través de Planes de igualdad.

2.3. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

2.3.1. Reflexiones sobre la necesidad de la intervención de los Convenios Colectivos para alcanzar la efectividad de los derechos sociales de las mujeres.

2.3.2. Evaluación de la negociación colectiva sobre la materia social.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

2.4. PROTECCIÓN LEGAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA DE SOCIAL

2.4.1. Defensa legal de las mujeres víctimas del maltrato.

2.4.2. Medidas sociales para proteger a las mujeres víctimas del maltrato.

3. MARCO SUPRANACIONAL DE GARANTÍAS JURÍDICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES.

3.1. MARCO INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES.

3.1.1. Actuación de las Naciones Unidas.

3.1.2. Acciones desarrolladas por la Organización Internacional del Trabajo.

3.2. LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA UNIÓN EUROPEA: PROTECCIÓN SOCIAL.

3.2.1. Introducción.

3.2.2. El derecho a la seguridad social en el Derecho comunitario originario.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

3.3. PROTECCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL COMUNITARIA DE LA IGUALDAD DE ACCESO AL TRABAJO Y CONDICIONES LABORALES.

3.3.1. Hacia una igualdad real: la acción positiva en la Unión Europea.

3.3.2. Posición del Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas sobre la acción positiva en el orden social

3.4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA Y LAS MUJERES.

3.4.1. Resoluciones judiciales comunitarias sobre el derecho de las mujeres en materia de prestaciones de la seguridad social.

3.4.2. Análisis de la normativa europea sobre la seguridad social y mujeres.

4. CONTEXTO TEÓRICO E HISTÓRICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS MUJERES EN ESPAÑA.

4.1. CUESTIONES GENERALES.

4.1.1. Posición de las mujeres en la sociedad española.

4.1.2. Las mujeres en su incorporación al marco laboral.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

4.2. CONTEXTO HISTÓRICO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES HASTA EL PERÍODO DE LA TRANSICIÓN.

4.2.1. Antecedentes de los Seguros Sociales

4.2.2. Constitución Republicana (1931)

4.2.3. Período 1939-1975. La dictadura (1931).

4.3. EVOLUCIÓN LEGAL Y JUDICIAL DESDE LA TRANSICIÓN HASTA LA NUEVA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 1/1994, 20 DE JUNIO

4.3.1. Reformas legales del marco social.

4.3.2. Jurisdicción constitucional: seguridad social

5. LA POSICIÓN DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD.

5.1. LAS MUJERES Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PúBLICO ESPAÑOL

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

5.1.1. Acercamiento al valor de la seguridad social en el contexto sociopolítico contemporáneo.

5.1.2. Nueva ordenación del sistema de la seguridad social en el constitucionalismo social español

5.1.3. La dimensión de la protección social de las mujeres en el ámbito de aplicación del sistema de la seguridad social

5.2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES Y LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

5.2.1. Implantación de un sistema de protección de la maternidad en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral.

5.2.2. La afirmación de los derechos sociales de las mujeres durante el embarazo: el riesgo durante el embarazo.

5.2.3. Construcción jurídica como derecho social: el descanso por maternidad.

5.2.4. Rasgos del permiso por lactancia: derecho de ambos progenitores.

5.2.5. Fórmulas jurídicas para el cuidado de familiares: excedencias por cuidado de un hijo o hija y de familiares.

5.2.6. Sobre el reconocimiento de permisos y licencias con el objeto de compatibilizar cuidados familiares y trabajo.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

5.2.7. La exigibilidad del derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razón de su capacidad de ser madres: extinción del contrato durante el ejercicio de la maternidad.

5.2.8. Razones para seguir avanzando en la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres: nuevas propuestas políticas.

5.3. DESCRIPCIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA SOBRE OTRAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS MUJERES

5.3.1. Cuestiones previas.

5.3.2. La nueva protección jurídica a otras prestaciones sociales: viejos problemas de discriminación entre las mujeres y los hombres

6. CONCLUSIONES.

7. BIBLIOGRÁFICAS.

8. TABLA DE ABREVIATURAS

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

El tema de la tesis que presento tiene su origen en mi preocupación como mujer, y como parte de un sector de la sociedad discriminado y afectado por la desigualdad de género. Este objetivo se buscó con un trabajo precedente que fue becado por el Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, "La posición constitucional de las mujeres en el marco del sistema de la seguridad social", 2003. Asimismo, fue tema de estudio en la Memoria de investigación del programa de doctorado Constitución y Derechos fundamentales.

Esta inquietud se concreta en el marco del sistema constitucional, puesto que permite analizar la actual situación de las mujeres en cuanto al desarrollo de un derecho social como es la seguridad social. Este derecho está reconocido con un carácter público en el artículo 41 del Texto Constitucional de 1978, y, además conceptualizado como un principio rector de la política económica y social española. De tal modo que sin pretender agotar el tema, sirva este estudio para futuros trabajos sobre la necesidad de seguir buscando la efectiva y real igualdad de las mujeres y hombres.

El propósito del estudio es partir de la somera consolidación de la igualdad de sexos en la ley, reconociendo que a las mujeres se les dispensa una incorporación al sistema de la seguridad social no tardía con respecto del hombre, pero justificada en un paternalismo estatal en virtud del cual se les reconocen derechos sociales derivados, impidiendo el acceso a derechos sociales con titularidad propia. Aspecto que no hace, sino corroborar la posición relegada de las mujeres en el hogar sometidas a la voluntad del hombre. En definitiva, vivir para los demás en simple obediencia como marca una larga tradición masculinizada.

De tal manera, que se evidencia la necesidad de una reflexión para poder debatir, desde el actual constitucionalismo social, la necesidad de un cambio legislativo y jurisprudencial sobre los derechos sociales de las mujeres, tendentes a la consecución de la igualdad de sexos tanto formal como real.

Dicho de otro modo, mi pretensión es lograr captar la atención sobre dos aspectos, en primer lugar, en relación a la existencia de algunas disposiciones legales cuya aplicación se traduce en una discriminación indirecta. En segundo lugar, la desventaja encubierta derivada del contexto de la relación laboral que sufren las mujeres frente al sistema social. Estas discriminaciones fácticas son más sutiles, y por lo tanto, más complicadas de demostrar en la vía judicial que las discriminaciones directas provenientes de la ley, sin embargo, ambas tienen iguales efectos perniciosos. En uno y otro caso muestran una realidad de los derechos sociales y de las mujeres muy distinta a los planteamientos teóricos y a las proclamas de buenas intenciones de los Estados, y todo ello, en una sociedad que silencia esta situación.

El planteamiento del tema se desarrolla desde una perspectiva tanto descriptiva como prescriptiva, de tal forma que las diferentes reflexiones sirvan para mantener y demostrar que en la actualidad persiste la desigualdad de las trabajadoras en el sistema de la seguridad social. Asimismo, sin pretender agotar el tema, se acomete esta tarea con el objetivo de apuntar líneas de actuación que permitan contribuir a la efectividad plena del derecho de la seguridad social de las mujeres, entendido como el derecho a una previsión social pública dentro del concepto amplio de protección social. Para ello se hace acopio de fuentes documentales normativas y judiciales, y desde el entroncamiento de las distintas fuentes positivas se analizará su incidencia en la situación real de las mujeres.

Las reflexiones de esta tesis se ven avaladas por los datos y la realidad que muestran que a pesar de los avances significativos en el ordenamiento jurídico quedan lagunas normativas por solucionar, así como insuficientes medidas jurídicas de protección de la situación social de las mujeres. Aunque, la mayor preocupación es la igualdad de facto que debe ser promovida desde el mercado de trabajo a fin de asegurar la no discriminación en la esfera social, tanto durante la vigencia de la actividad profesional como posteriormente. La importancia de esta cuestión está relacionada con el objeto de garantizar la emancipación y autonomía económica femenina, que es, en definitiva, la posibilidad de hablar de la independencia social de las mujeres.

Esta investigación se enmarca en el ámbito cultural europeo occidental, si bien, la situación de subordinación de las mujeres a los hombres no tiene barreras geográficas, y se trata de un problema

mundial. Pero la cuestión del trabajo y, por ende, el derecho constitucional a la previsión pública de las mujeres se aborda en el trabajo referido única y exclusivamente a nuestro marco jurídico.

Las consideraciones metodológicas nos llevan a constatar la dificultad de elaboración de este trabajo, porque el género como categoría analítica no sólo es relativamente reciente en la esfera científica, sino despreciado la mayoría de las veces, especialmente, en el ámbito de las ciencias jurídicas[1]. Estas dificultades son traducidas en el marco jurídico, confundiendo igualdad de sexos e igualdad de género. Esta confusión de términos y contenidos académicos se traslada a la ambigüedad que rige la formulación de la normativa, que tiene como objeto la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de las mujeres, y por ende, la garantía de sus derechos sociales.

Los problemas generalizados de las investigaciones de género se ven agravados cuando la particularidad del estudio se hace al derecho de la seguridad social por parte de las mujeres, puesto que no es una materia que se considere de interés en el marco académico, en el que apenas hay rigurosos estudios sobre el tema. Además, un marco con claro predominio masculino, que es determinante para que la cuestión femenina se mantenga ajena a las ciencias sociales y jurídicas.

Este trabajo se estructura en cinco capítulos: en el capítulo primero se aborda el estudio del contexto histórico y político que sirve de escenario, en la actualidad, para posicionar los derechos sociales de las mujeres. No obstante, se realiza una breve sistematización de la transformación de la política de previsión social definitoria del Estado liberal, hasta su conceptualización en el Estado social de principios del siglo XXI.

El resultado nos permite apreciar que los avances han sido importantes, y hoy, las mujeres pueden hablar de derechos sociales en el marco formal, porque las mujeres han alcanzado una posición dentro del ordenamiento jurídico español. No obstante, todavía hay resquicios por subsanar para poder

[1] ORTIZ GÓMEZ, TERESA, *Universidad y Feminismo en España II: situación de los estudios de las mujeres en los años 90,* Granada, Universidad de Granada, 1999. VIANELLO, MINO, *Género, espacio y poder para una crítica de las ciencias políticas*, Madrid, Cátedra, 2002.

trasladar el concepto de lo que debe de entenderse por Estado constitucional desde la perspectiva social. Por esta razón, se debe de construir un puente entre la constitución jurídica del Estado social y la normalización social. Es decir, los avances en la materia social son importantes para las mujeres, pero estos logros no impiden que se deba hacer una denuncia de la brecha que existe entre la igualdad como objeto de la normativa y la igualdad real que afecta a las mujeres.

En esa medida, no es posible hablar de la efectividad del contenido constitucional del artículo 14 cuando se hace referencia a la igualdad entendida como equivalencia entre los derechos sociales de las mujeres y los hombres. Esta situación se plantea a pesar de todas las construcciones legales previstas para realizar los contenidos del texto constitucional.

No se puede obviar que la mayor dependencia económica del derecho de la seguridad social dificulta su vigencia efectiva. De esta manera, la recesión económica y las dificultades presupuestarias de Estado, en los últimos tiempos, están siendo uno de los argumentos que sirven a determinados sectores de la doctrina para cuestionar la realización de los derechos sociales; a la par que hablan de crisis del Estado social. Dichas afirmaciones de este sector doctrinal ponen en cuestión la continuidad de las instituciones sociales, e incluso de los principios que definen el propio Estado social.

Este estudio no puede quedarse al margen de una serie de acontecimientos y variables políticas, organizativas y económicas que determinan la necesaria reflexión sobre el concepto tradicional de Estado social, y por ende, en uno de sus esenciales contenidos y ejes vertebradores como es el sistema de la seguridad social.

En el segundo capítulo sirve para dar cuenta de las repercusiones negativas que en la seguridad social tienen las discriminaciones que en el ámbito laboral sufren las mujeres. Estas dificultades laborales dan lugar a que las mujeres tengan mayores obstáculos para constituirse en beneficiarias de las prestaciones sociales, a la vez que la propia prestación social que perciben sea de cuantía inferior a las que reciben sus compañeros de trabajo.

De ahí, la importancia de denunciar estas situaciones laborales, porque la relación contractual es fundamental y determinante en un sistema de seguridad social básicamente contributivo como es el español. Por otro lado, los estereotipos sexuales derivan en una actitud negativa de la sociedad y de la empresa hacia el trabajo femenino. En definitiva, estas consideraciones conllevan situaciones que suponen directa e indirectamente actuaciones discriminatorias y de inferioridad para las trabajadoras.

En esta medida, se trata de hacer una aproximación valorativa de la incidencia o repercusión de los componentes del contrato de trabajo en la formación de la protección social. Estos déficits se han tratado de cubrir con medidas de acción positiva, que pretenden eliminar o al menos acortar las discriminaciones que las mujeres sufren en el ejercicio de sus derechos como ciudadanas. Sin embargo, no se puede desconocer que estas medidas soportan una crítica por cuanto se considera que su aplicación quebranta el principio de igualdad de mujeres y hombres.

En el *tercer capítulo* se hace referencia a la actuación normativa y judicial de la Unión Europea. Este tratamiento particular del contenido comunitario en materia de seguridad social es debido a la especial incidencia e implicación que la normativa y la jurisprudencia, que emanan de los órganos de la Unión, han tenido en las reformas del ordenamiento jurídico español.

Dicho de otro modo, el estudio de la normativa de la Unión Europea, así como de la jurisprudencia comunitaria es necesario para comprender la actual situación del derecho de la seguridad social ejercido por las mujeres españolas, y, también, para entender los cambios que ha experimentado el ordenamiento jurídico español en las últimas décadas. Esta revisión del sistema normativo y judicial europeo nos ayuda a comprender la transposición que el Estado español debe realizar de la normativa de la Comunidad, aunque se puede avanzar que no siempre se ha realizado en los términos previstos.

Por otro lado, la revisión del sistema normativo comparado de los países comunitarios sirve para el examen contrastado con el estado actual del tema en España. Se hace referencia a la posición de firme compromiso de la Comunidad en la adopción de medidas de acción positiva, que están destinadas al logro de igualdad en la posición social de las mujeres con respecto de los hombres.

El capítulo cuarto se hace referencia a la evolución histórica de la asistencia social de las mujeres concebida como un mero beneficio. El correspondiente estudio descriptivo nos permite abordar la relación del Estado y las mujeres con una reflexión a su implementación en el sistema de protección social. Este capítulo es la clave para comprender, correctamente, la actual estructura del sistema de seguridad social, puesto que permite apreciar las transformaciones del esquema de previsión social. Este esquema mostró una inicial cobertura de las necesidades desde el ámbito individual, en cuanto el Estado liberal, únicamente, era responsable de la garantía de los derechos civiles y políticos.

La idea principal de los primeros epígrafes es la exclusión de las mujeres del sistema de previsión social, derivada de su marginación del mercado de trabajo, toda vez que se limitaba su labor al ámbito del hogar y al desempeño de las funciones sociales que la sociedad consideraba propias de su sexo. En el marco laboral, el diseño social se conformaba basado en la división sexual del trabajo, es decir, el posible trabajo de las mujeres fuera del hogar se vio restringido a sectores profesionales caracterizados por condiciones laborales inferiores. La realización de esta referencia histórica es necesaria para poder entender el porqué las mujeres son víctimas del sistema social, puesto que la tradición y la sociedad se han encargado de sustraerlas de sus derechos sociales.

En el último epígrafe de este capítulo se aborda el vestíbulo judicial y legal de la actual situación en el marco del derecho a la seguridad social. Es decir, se analiza la etapa de formación del Estado social iniciada con la Constitución de 1978 y que encuentra su desarrollo en la actual Ley General de la Seguridad Social.

En este punto, se hace necesario valorar la situación del vigente sistema de prestaciones sociales. En relación al ejercicio de este derecho es inevitable referir las aportaciones efectuadas por el Tribunal Constitucional. La ardua labor desarrollada por este órgano constitucional supuso la apertura del camino hacia la aplicabilidad de la igualdad de sexos de forma real y efectiva. Al mismo tiempo, que hace necesario el reconocimiento de esta institución como fundamental en el marco de los derechos sociales de las trabajadoras, porque su actuación sirvió para acotar las diferencias de género existentes en el marco de defensa constitucional del sistema de la seguridad social, y, además, su construcción efectiva como principio rector de la política socioeconómica.

En esta medida, las resoluciones del Tribunal Constitucional promovieron el inicio de un cambio legislativo para afrontar la eliminación de las diferencias entre el deber ser constitucional y la realidad social de las mujeres. Así, en numerosos casos se vieron las mujeres obligadas a demandar protección jurisdiccional al amparo de la intrínseca relación del derecho a la protección social con otros derechos fundamentales constitucionalizados, tales como el derecho a la igualdad de mujeres y hombres o el derecho a la vida.

Sin embargo, el proceso de actuación del constitucional en sus comienzos fue sombrío, y no siempre mantuvo un criterio de protección de las mujeres contextualizado en las desventajas históricas que las mismas habían sufrido, y por el contrario, se limitó a resolver en aplicación del concepto de igualdad formal ajeno a la realidad de las mujeres.

Para terminar, en el quinto capítulo se realiza el tratamiento de la posición de las mujeres en el sistema de la seguridad social en la actualidad. Con atención especial a la maternidad y a todas las situaciones derivadas de la misma. La maternidad se debe concebir como la manifestación del ejercicio de un derecho y no como obligación femenina. Ésta es la parte más amplía de este capítulo, porque la maternidad se considera a todas luces la desencadenante de las desigualdades que sufren las mujeres en el disfrute de sus derechos sociales. Este planteamiento hace preciso la denuncia de las dificultades profesionales que continúan teniendo las mujeres por su capacidad de ser madres.

La maternidad debe ser entendida como algo más que un hecho biológico, y que es, por lo tanto, una manifestación del libre ejercicio de su libertad como seres humanos, la cual se concibe como parte de su dignidad como persona.

Se hace una revisión dinámica de la labor jurisdiccional del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo - desde la vigencia de la actual Ley General de la Seguridad Social - para la garantía de los derechos sociales de previsión que puedan ser disfrutados desde la igualdad de mujeres y hombres. Además, de abordar el estudio de la situación legal en los momentos actuales, que se complementa con un análisis de las propuestas parlamentarias más señaladas en este terreno.

Con este trabajo se busca evidenciar que el problema de la igualdad de sexos no es un hecho pasado, algo que sucedió hace décadas, sino que perdura en nuestra cotidianidad, al ahogarse las ambiciones profesionales de las mujeres que, aunque estén más instruidas y preparadas que los hombres, acuden al mercado de trabajo en inferioridad de condiciones, porque no sólo compiten con otros candidatos a nivel profesional, sino que lo hacen con los estereotipos sexuales persistentes en la sociedad.

De esta manera, se hace preciso una revisión del status constitucional del sistema de la seguridad social femenino para establecer un diseño que convierta en realidad el derecho social de las mujeres a la protección social mínima, que les brinde seguridad material a la vez que permita la defensa de los derechos fundamentales de la igualdad de sexos, de la vida, y del libre desarrollo de la personalidad.

Asimismo, se formulan los cambios precisos en dos aspectos. De un lado, en la consideración de las mujeres en el sistema de la seguridad social desde la diferenciación, en cuanto que los hombres y las mujeres histórica y físicamente no son iguales, y por lo tanto, el derecho positivo no puede otorgar el mismo tratamiento desde la homogenización, sino desde la diferenciación de las distintas situaciones a las que se enfrentan las trabajadoras y los trabajadores. Por otro lado, es preciso que se involucre legalmente al varón en el cumplimiento de responsabilidades familiares, que son tenidas como estrictamente femeninas, como es el cuidado de los hijos/as. La participación activa del varón en estas labores contribuirá a desmotar los argumentos que sitúan a las mujeres en inferioridad de condiciones en la esfera social.

El papel de las mujeres en la historia de la seguridad social como en otras muchas parcelas de la vida política y social se ha visto truncado por el afán de la sociedad de excluir a las mujeres del mercado de trabajo. Así como de recluirlas en el hogar para imponerles la función social de concebir y criar a la descendencia.

Los logros sociales para las mujeres han sido obtenidos con la rúbrica de millones de mujeres, al mismo tiempo por la labor de los movimientos sociales-feministas. No obstante, estos agentes y organizaciones femeninas no siempre han sido tratados con el debido respeto, sino desde el desprecio y

la ironía, motivo por el que se debe recordar la esencial importancia de la no siempre fácil defensa de la igualdad de mujeres y hombres.

En definitiva, desde admiración a la difícil lucha de las mujeres de generaciones pasadas, mi pretensión se basa en la defensa del derecho de las mujeres a decidir sobre su propia persona desde la compatibilidad de su derecho a trabajar sin tener que renunciar a su vida personal. Es decir, pretendemos instar a un verdadero cambio jurídico y estructural para lograr que las mujeres sean ciudadanas plenas de los derechos sociales, y puedan alcanzar el bienestar social y económico constitucionalizado.

I. ESTADO SOCIAL Y LAS MUJERES

1.1. TRANSFORMACIÓN DEL ESTADO LIBERAL EN ESTADO SOCIAL

"Todo cambio en una época histórica puede medirse por el progreso de las mujeres hacia la libertad"[2].

1.1.1. Marco general

La contextualización de este trabajo hace preciso un análisis de la actuación del Estado en la garantía jurídica de los derechos sociales. De esta forma, se evidencia que las insuficiencias democráticas y sociales del Estado liberal afirmaron la necesidad de una reflexión sobre el Estado, como fórmula política que abandonase su neutralidad y se convirtiese en elemento activo de la realidad social y económica. Esta transformación supondría complementar el constitucionalismo del Estado de derecho con un constitucionalismo social.

Por este motivo, el Estado social adquirió la responsabilidad de crear un justo orden social y adecuadas condiciones de subsistencia para el individuo. Es decir, el Estado social será implementado como fórmula para intentar remediar las desigualdades materiales existentes entre la ciudadanía. Asimismo, deberá de enfrentarse a las diferencias sociales que conllevan las leyes del libre mercado, e incluyendo sistemas que proporcionen a las personas seguridad material en los momentos vitales, a la vez de una justa distribución de recursos.

No obstante, esta transformación supuso que el Estado de derecho adjetivado por su carácter social hiciese suya la garantía y protección de la libertad individual, a la par que se responsabilizaba del bienestar de su ciudadanía con una legitimada intervención estatal. Tanto el constitucionalismo liberal

[2] FOURIER, FRANCOIS (1772-1837).

como el constitucionalismo social no son planteados como ruptura o polos refractarios, sino como elementos llamados a encontrarse sin solución de continuidad en el nuevo concepto de Estado[3].

El Estado liberal de Derecho fijó límites constitucionales a la actuación de los poderes públicos y la defensa de los derechos individuales, es decir, la defensa de los parámetros del liberalismo: la propiedad y la libertad[4]. De ese modo, para el Estado liberal imperó la defensa de lo individual como objetivo del ordenamiento jurídico, y por esta causa, la intervención estatal se limitaba a "los *supuestos que el Estado ha de crear para que sea posible esta autorrealización se concretan en la garantía de la libertad y la propiedad*"[5].

En consecuencia, el constitucionalismo liberal en Europa se caracterizó por la abstención de toda intervención pública en las cuestiones sociales. De esa manera, se dejaba en manos del mercado la regulación de las nuevas formas de trabajo surgidas fruto de la Revolución Industrial. Al mismo tiempo, el logro de la igualdad social no se consideraba como objetivo del Estado, y de esta forma, las cuestiones sociales eran ajenas a la intervención estatal, que con su posición ocultaba las brutales desigualdades sociales existentes. El Estado en esta materia opta por un dejar hacer, "laissez *faire*", cediendo en materia social a los intereses de los ostentadores del poder empresarial y económico.

En palabras de MARTÍNEZ ESTAY, se puede considerar que la demanda de la intervención del Estado social surge cuando "*la sociedad creyó necesaria la transformación del orden liberal, pues constituyen uno de los medios para alcanzar tal fin. Y aquel momento sólo llegó a mediados del siglo XIX, precisamente la época en que surgió dicha Constitución como consecuencia de una revolución social*"[6].

---

[3] Consúltese, W. ABENDROTH, *der Demokratische und Soziale Rechtsstaat als Politischer Auftrag,* Frankfurt-Main, 1965, publicado castellano en *El Estado social,* recopilación de varios escritores publicados separadamente en Alemania por W. ABENDROTH y E. FORSTHOFF Y K. DOEHRING, que el Centro de Estudios Constitucionales publicó en 1986. Citado por, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales,* Madrid, Civitas, 2002, pág. 34.

[4] A este respecto hemos señalar la obra de FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones,* Madrid, Trotta, 1996.

[5] BÖCKENFÖRDE, ERNEST, *Estudios de Derecho y Democracia,* Madrid, Trotta, 2000, pág.22.

[6] MARTÍNEZ ESTAY, J.I., *Jurisprudencia constitucional española sobre derechos sociales,* Barcelona, Cedecs, 1997, pág.18.

Por lo descrito, las funciones del Estado sufren un cambio a raíz de las grandes crisis económicas, sociales y políticas del siglo XX, pero, especialmente tras la segunda guerra mundial[7]. De tal forma, que se hizo preciso darle un contenido social al Estado de derecho, y, por eso se le dotó de principios de orden económico y social; de los cuales, el Estado no sólo era garante, sino responsable de su producción y eficacia[8].

HERMANN HELLER acuña, en 1929, el término Estado Social frente al Estado Liberal para poder distanciarse del capitalismo y del socialismo[9]. Con él se referencia la redistribución de la renta, una redistribución social en la cual tiene mucho que decir el Estado como instrumento articulado a tales fines, exigiendo una mayor vinculación entre la sociedad y el Estado, en razón de la búsqueda de un orden social justo para la totalidad de la ciudadanía[10].

Dicho de otro modo, el Estado social, como nueva fórmula política, se orienta a integrar a la propia fórmula del Estado liberal de derecho con la limitación al poder público, pero se complementa con la democratización de las decisiones adoptadas, al mismo tiempo que emerge el concepto de ciudadanía

---

[7] Esta idea es recogida por CARMONA CUENCA, al señalar que: "*Los Estados europeos que se reconstruyen a raíz de la Segunda Guerra Mundial son ya Estados de bienestar en el pleno sentido de la palabra y se fundamentan en un pacto político que se sella al final de la Guerra entre el socialismo, el liberalismo y la democracia cristiana. Es lo que Dahrendorf llamó consenso socialdemócrata y que perseguía los objetivos básicos de seguridad, libertad e igualdad. Así al margen de las diferencias teóricas que se sostienen ante el verdadero significado del Estado social o Estado de bienestar, este modelo de Estado resulta ampliamente aceptado en todo el ámbito político occidental y, por lo tanto, dotado de una amplía legitimidad (...) este Estado pretende realizar la síntesis de los dos principios fundamentales que inspiran el pensamiento político occidental contemporáneo, la libertad y la igualdad; pretende mantener un régimen de libertades formales al tiempo que se avanza en un sentido de progresiva igualdad entre los individuos*", CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado social de Derecho en la Constitución*, Madrid, Consejo Económico y Social, 2000, pág. 80.

[8] BÖCKENFÖRDE, considera: "*La reflexión sobre este concepto en la etapa contemporánea se ha esforzado por redefinirlo y desarrollarlo en dos direcciones: por un lado hacia un Estado social de Derecho en sustitución del Estado de derecho liberal (burgués), y por el otro lado a favor de un concepto material en lugar del concepto formal del Estado de Derecho*", BÖCKENFÖRDE, ERNEST, *Estudios de Derecho y Democracia,* Madrid, Trotta, 2000, pág. 34.

[9] Para la conceptualización del tema, HELLER, H., *Teoría de Estado,* México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

[10] Sobre estas premisas, HELLER, H., afirma que: "*La reivindicación por el proletariado de una democracia social no significa otra cosa que la extensión al orden del trabajo y de las mercancías de la idea del Estado material de Derecho*", HELLER, H., "¿Estado de Derecho o dictadura?" (1929), en el vol. *Escritos políticos,* Madrid, 1985, págs. 283-301. Citado por, RUIPÉREZ, JAVIER, "¿La Constitución en crisis?. El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático", *Revista de Estudios Políticos,* abril/junio, núm.120, 2003, pág. 166.

social[11]. Así, la misma se constituye como núcleo vertebrador de la comunidad política y social, y en cuyo seno se legitiman las actuaciones de los partidos políticos y sindicatos, e igualmente, de organizaciones de distinto carácter que socializan la actuación estatal.

Para tales objetivos se mantienen los avances en el marco de los derechos políticos y civiles, a la vez que en vista de estas transformaciones económicas y sociales se hace realidad la pretensión del Estado intervencionista. Estos hechos dan lugar a una Administración social más comprometida con la satisfacción de las necesidades sociales, y que fundamenta una acción estatal, que irrumpe en el resquicio legal existente en la protección de una sociedad acuciada por la miseria, y que estaba en un total desamparo por parte de los poderes económicos y políticos.

Este contexto definió el significado del Estado social, que rompe con la postura estatal pasiva del liberalismo, en cuanto a que el Estado liberal a la atención de la demanda de la sociedad de mejores condiciones de vida, respondía exigiéndola afrontar la cobertura de sus necesidades de forma individual, y al margen de cualquier tipo de protección jurídica derivada de la acción legislativa y judicial[12].

Por ello, estamos de acuerdo con la posición defendida por ABENDROTH, en cuanto consideramos que el Estado social no sólo se identifica con una posición de la ciudadanía frente al poder público, sino que justifica su existencia y el funcionamiento de la democracia social[13].

---

[11] Véase, T.H.MARSHALL, *Citizanship and Social Class* (1950), trad.italiana de P.MARIANINI, Cittadinanza e classe sociales, Utet, Torino, 1976, p.24 (trad. Española de P. LINARES, *Ciudadanía y clase social*, de T.H. MARSHALL Y T. BOTTOMORE, Alianza, Madrid, 1998), considera que: "*La ciudadanía aquel estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de la comunidad (...) y los derechos y los deberes sobre los que se funda la igualdad de "todos los que lo poseen" son conferidos por tal estatus* ".

[12] Consúltese la obra de MARTÍNEZ PISÓN, que ha señalado: "*El Estado Social es protector, con la continuidad a los parámetros del Estado Liberal, que sí, consagró ciertas libertades y la función de policía, (...). El Estado es interpretado de diferente forma, con una obligación de garantizar el bienestar de los ciudadanos, de forma que se vean protegidos contra la miseria y la pobreza, surge para corregir las deficiencias y errores del Estado Liberal, especialmente el individualismo clásico y abstencionista, apareciendo los derechos sociales, como fundamento del Estado y abandonando la neutralidad en las relaciones sociales*", MARTÍNEZ PISÓN, JOSÉ, *Política de Bienestar, Estudio sobre los derechos sociales,* Madrid, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1998, pág.41.

[13] ABENDROTH, W., "Estado de Derecho y democrático y social como proyecto político". En ABENDROTH, W. Y FORSTHOFF, E. Y DOEHRING, K., "El Estado de Derecho y Democrático y Social como proyecto político". En VVAA., *Estado social*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1986.

En suma, el Estado social adquirió igualmente un compromiso con los logros de la anterior estructura estatal a los que no estaba dispuesto a renunciar. De tal manera, que perpetuando sus principios y valores se impondrá la exigencia de corregir los desarreglos y las irregularidades que el liberalismo no supo afrontar; y se realizará integrando la fórmula de la economía social en el constitucionalismo estatal[14].

Esta democratización social se traslada a la participación en la gestión empresarial y cooperación de la clase obrera en la organización de la empresa, en cuyo ámbito se formula la relación laboral como premisa para la protección social contributiva. En esta medida, el Estado no sólo será el garante de las normas que rigen entre particulares, sino que es el agente responsable de promover activamente el orden social.

Esta preocupación por la cuestión social toma relevancia en el propio Estado social conformándose en parte fundamental de su concepto. En el nuevo orden social se hacía incuestionable que la sociedad individualmente no podía garantizar la armonía social y alcanzar el bienestar económico. Se evidencia la necesidad de la intervención del Estado, e incluso, en el marco de la regulación de las relaciones que tradicionalmente eran privadas, tales como las laborales.

En Europa desde comienzos del siglo XX, la cada vez más numerosa clase social obrera toma conciencia de sus condiciones, y a través de sindicatos y partidos políticos organizan una lucha social en demanda de la mejora de sus condiciones de subsistencia. Todo ello con reivindicaciones sociales, que evidenciaron las limitaciones e insuficiencias del Estado no intervencionista frente al reconocimiento y garantía de los derechos sociales. Estos grupos demandaron el abandono por parte del Estado de una posición neutra y, reclamaron la necesidad de promover, desde la democracia social, medidas para que, además de protegerse el derecho a la libertad y la igualdad se garantizase el derecho de la seguridad

[14] Referencia sobre el tema LUCAS VERDÚ, afirma que: "*Que los primeros socialistas fueron liberales defraudados, es decir, escandalizados porque las exigencias y conquistas liberales se reducían al campo jurídico formal, en el ámbito constitucional a las instituciones y declaraciones de derechos que no se concretaban en el campo social y económico*", LUCAS VERDÚ, J., *La lucha por el Estado de Derecho*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975, pág. 143.

material de la ciudadanía frente a la miseria, y en contra del individualismo que había caracterizado al Estado liberal.

En esta medida, en palabras de Pérez Luño, " En el Estado social de Derecho, los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, vela por lo que la doctrina germana ha calificado de procura existencial "[15].

Sin embargo, esta afirmación como aprecia García-Pelayo debe de ser matizada, y de este modo, la satisfacción de esas necesidades no debe de considerarse como algo genérico, sino que deben entenderse en un amplio contenido en orden a poder hablar no sólo de su reconocimiento, sino de un progreso económico y social frente a la necesidad humana, considerando tal objetivo como un fin en sí mismo del Estado[16].

En definitiva, con el Estado social se superan los contenidos meramente formales, y se ha buscado, desde el orden social, la consecución del principio de igualdad. Por ello, como afirma MARTIN KRIELE, "*El Estado constitucional democrático, con sus instituciones que garantizan los derechos humanos cívicos y políticos, no sólo es condición indispensable para una vida con dignidad humana. Es también la base de cualquier lucha democrática por un ordenamiento jurídico y económico que tenga en cuenta los derechos humanos económicos, sociales y culturales*"[17].

Por otra parte, el Estado social quedará vinculado a la Constitución y a su contenido social con clara inspiración en la búsqueda de la igualdad material. Dicho de otra manera, la Constitución consagrará el bienestar material con valor normativo, aunque su eficacia jurídica permanecerá circunscrita a los restantes términos constitucionales. Sin embargo, para alcanzar tales objetivos

---

[15] PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2001, pág. 193.
[16] GARCÍA PELAYO, MANUEL, *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* (2ª edic.), Madrid, Alianza, 1985.
[17] KRIELE, M., *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona, 1982, pág. 69. Citado por, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *Op.cit.,* pág. 44.

corresponde una acción del Estado planificadora e intervencionista en aquellos órdenes que tienen incidencia, directa o indirecta, en la cuestión social femenina.

De esta misma forma, y, de acuerdo a lo indicado, el Estado constitucional con la Constitución debe de integrar, tanto elementos fácticos como normativos para dar un marco jurídico de igualdad de mujeres y hombres que conforme la realidad del deber ser socialmente constitucionalizado, superando el concepto liberal-burgués de su contenido que es vestigio de las revoluciones del siglo pasado[18]. La Constitución será el resultado de la actuación del poder constituyente como expresión de la voluntad popular. De este modo, al ser la norma suprema del ordenamiento jurídico de un Estado se traduce en el sometimiento de la actuación de los poderes públicos a su contenido constitucional. Como resultado, su eficacia es alcanzada con el acatamiento de su contenido en el proceso de juridificación, y con el propio proceso de judicialización sobre el respeto de los mandatos sociales constitucionales.

[18] Véase, GARCÍA PELAYO, señala que: "*Ello no obstante, ha de dejarse constancia de que estas críticas no son correctas. En efecto, es lo cierto que el concepto liberal-burgués de Constitución nace estrechamente vinculado a una época muy concreta y a su sistema político, social y económico determinado, dentro del cual es donde, justamente, aquel encuentra su sentido pleno",* GARCÍA PELAYO, M., " Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crítica de ambos concepto)", *Revista de Estudios Políticos,* núms. 37-38, 1948, pág. 62. Asimismo, "*De esta suerte, la Constitución y, con ella, el Estado Constitucional aparecen como respuesta a los intereses de la burguesía ascendente. Tanto es así que, desde una óptica marxiana,* G.U. RESCIGNO *(Corso di Diritto Pubblico, (2ª edic.), 6ª reimpr., Bolonia, 1989, págs. 75 y ss) ha podido afirmar que, cuando menos en Europa, el moderno Estado Constitucional surge cuando la burguesía, que ya controlaba los resortes del poder económico y social, desea hacerse también con el control del poder político, hasta entonces, y en buena medida satisfaciendo los intereses de aquélla, en manos de un monarca absoluto. Fue, por lo tanto, la resistencia de este último a abandonar el poder político lo que, en definitiva, dio origen al proceso revolucionario liberal-burgués en Francia. La consecuencia de la anterior aseveración es, a nuestro entender, meridiana. El primer Estado Constitucional nace, desde la aceptación de los presupuestos fisiocráticos de la absoluta y radical separación entre el Estado y sociedad, bajo la forma de Estado liberal, articulado en base al sistema de producción capitalista. Lo que, como es lógico, habrá de traducirse en el contenido y función de los primeros Textos Constitucionales. Éstos, en efecto, se caracterizarían no por estar al servicio de la libertad de todos los individuos, sino por tratar de reconocer, establecer y garantizar la libertad burguesa (*K. HESSE, *Derecho Constitucional y Derecho privado, Madrid, 1995, págs. 33-45). Pues bien, es menester indicar que fue esa conexión entre norma y realidad política la que, en último extremo, determinó la quiebra total del sistema constitucional liberal y su sustitución por el constitucionalismo democrático y social, la cual se debe, entre otras razones, a la imposibilidad de seguir manteniendo las condiciones en que aquél había surgido, y que, en definitiva, comenzó a ponerse de manifiesto según fue ampliándose, de la mano del sufragio, el cuerpo político para dar entrada, junto a la burguesía, al proletariado*". Citado por, RUIPÉREZ, JAVIER, "¿La Constitución en crisis?. El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático", *Op. cit.*, págs. 133-134.

Por lo demás, el constitucionalismo europeo obtuvo un importante logro con la Constitución de Weimar de 1919. Este texto hace por primera vez referencia a la legitimidad del Estado para intervenir en aras de la solidaridad y justicia social, aunque no estableció mecanismos de garantías ante los tribunales. Este texto proclama un sistema de seguros sociales financiados con las aportaciones de los propios interesados, y con una específica protección en orden al reconocimiento de prestaciones y asistencia para proteger la salud, vejez, la enfermedad y protección a otras vicisitudes de la vida con atención a la maternidad.

Sin embargo, es indudable que la idea que se tiene en la actualidad de los derechos sociales y del Estado social se debe a la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Con ella se consolida la responsabilidad del Estado para garantizar el orden social. Además, a toda persona por el hecho de ser miembro de la sociedad se le considera titular de los derechos sociales que se reconocen en esta Constitución. Igualmente, se proclama la exigencia de un Estado intervencionista al que le corresponde la competencia de la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales como instrumentos para garantizar la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. Ésta será la decisión de contenido constitucional que permitirá alcanzar altos niveles de protección social, relacionada con el mandato de la Carta Magna al legislador para que regule estos contenidos sociales.

De tal manera, estos ordenamientos constitucionales se muestran en la línea marcada con la incipiente internacionalización de la preocupación por la igualdad de sexos, y la necesidad de un sistema de garantía de seguridad material. Demandas que, al menos, se manifiestan en el terreno del reconocimiento formal de la igualdad de mujeres y hombres. Especialmente, esta voluntad social se ve avalada por los textos constitucionales europeos; aunque este planteamiento no se mostrará en tales términos en el terreno material de la igualdad de las mujeres y los hombres[19].

[19] Textos constitucionales significativos en la defensa de los derechos de las mujeres, se pueden citar sin lugar a dudas: la Constitución Mejicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919. En cuanto a la Constitución Mejicana de 1917, fue un hito en la historia del constitucionalismo, se adelantó a los Convenios de la OIT, y por supuesto al viejo continente al que se le adjudica capitanear la Revolución Social. Con esta Constitución se pone entredicho que la vieja Europa sea pionera en la Revolución pro defensa de los derechos de las mujeres. Texto que por primera vez afronta el problema social de las mujeres de una forma comprometida, con garantías sociales para la defensa de la educación, la salud y especialmente referenciados los derechos de la clase obrera, con aportaciones para la diferenciación entre sexos pero con tratamiento de igualdad al menos formal. El artículo 4 declara que, "*El varón y la*

A lo descrito se refiere DE OTTO, "*el hecho de que la Constitución proceda a una fijación imperativa de objetivos ha conducido en el siglo XX a un cambio en el modo mismo de entender la función de la norma constitucional. Dado que el orden de la sociedad en su conjunto no ya el fruto espontáneo de la abstención estatal, sino algo de cuya creación o conservación es responsable el Estado, se quiere ver en la Constitución en su conjunto una prefiguración del propio orden social que esa acción debe perseguir"*[20].

En conclusión, el Estado con el constitucionalismo social responde a la demanda de la sociedad para que desde la intervención estatal se garantizase la efectividad de los derechos sociales. Así, se postula por la socialización de mecanismos para alcanzar el bienestar de la ciudadanía frente al individualismo que caracterizaba las etapas políticas precedentes. Además, este compromiso del Estado social se traduce en la necesidad de un ordenamiento jurídico que elimine las desigualdades materiales que sufre una sociedad capitalista, como es la occidental, a causa de las leyes del mercado, que generan diferencias sociales graves. De este modo, el Estado social asume la función de distribuir bienes y servicios calificados como jurídicos con un contenido material, y constituidos como medio para garantizar la dignidad y el libre desarrollo de la persona desde la igualdad y la libertad[21]. A estos efectos, el Estado social quedará habilitado para establecer medidas jurídicas que garanticen la justicia social.

1.1.2. Repercusiones de esta transformación en las mujeres

---

mujer son iguales ante la ley". Reconoce el derecho de protección de la madre frente a la maternidad y las situaciones derivadas de la misma. Se protege a la madre con la prohibición de que desempeñe trabajos físicos que exigiesen esfuerzo material considerable, asimismo, se establece que en el mes siguiente al parto las madres disfrutarán de un descanso obligatorio, debiendo percibir su sueldo integro y conservar su empleo y los derechos que hubiesen adquiridos. De la misma forma, durante el periodo de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para amamantar a sus hijos. Por primera vez se prevé el derecho de, a igual trabajo igual salario. Por otra parte, en cuanto a la Constitución de Weimar, se socializa por primera vez la actividad estatal en aras de la calidad de vida y laboral de toda la ciudadanía, proclama en el artículo 109 que: "*Todos los alemanes son iguales ante la ley, hombres y mujeres tienen en principio los mismos derechos y deberes políticos (...)*". Pero, quizá lo más sobresaliente es la propuesta de un sistema de previsión social, esto es, en el artículo 161 se planea la creación de un amplio sistema de seguros, para poder con el concurso de los interesados atender a la conservación de la salud y de la capacidad para el trabajo, a la protección de la maternidad y a la previsión de las consecuencias económicas de la vejez, la enfermedad y las vicisitudes de la vida.

[20] DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988, pág. 44.

[21] En efecto, en palabras de GARCIA PELAYO, M.: "*La liberación de la necesidad extrema asegurando los recursos materiales mínimos es vinculada también a la garantía de la dignidad humana*", GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* (2ª edic.), Madrid, Alianza, 1985, pág. 26.

Inicialmente, las mujeres fueran afectadas por las transformaciones socioeconómicas del siglo XVIII y XIX, pero fueron trabajadoras ignoradas y discriminadas socialmente, a las que se les negará la efectividad de los derechos sociales que, por otra parte, se vio demorada en el tiempo. El discurso era mostrar a las mujeres como seres malvados, manifestarse en contra de su trabajo fuera del hogar para así poder situarlas en el ámbito doméstico y perpetuándolas en el ejercicio de sus obligaciones familiares. En definitiva, era la adscripción de las mujeres a las labores y habilidades propias del sexo "débil", cuando éstas eran consideradas definitorias de la virtud femenina y de la decencia.

En este contexto, la primera vez que se habla de la atribución del estatus de ciudadanía a las mujeres es en 1791 con la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana (de Olimpia de Gouges, activista revolucionaria)22. Es una reacción iniciadora de una ardua trayectoria de reivindicaciones sociales a favor de las mujeres al reconocer, originariamente, la condición de ciudadanas a las mujeres. Este documento es un requerimiento de la necesidad de la igualdad de sexos, que recoge el clamor popular femenino a favor de una mejora de las condiciones de las mujeres en aras de su bienestar social en un marco más justo. Además de reclamar su condición de sujetos partícipes de pleno derecho en una comunidad que estaba definida en sus términos por los hombres.

En este sentido, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 fue el principio de un nuevo proyecto político tras el cual germinarán con mejor o peor suerte diferentes textos constitucionales, a título de ejemplo la Constitución Francesa de 1793. Esta Declaración tuvo un carácter populista y una clara voluntad social, constituyéndose en defensora de los derechos de los hombres libres y de los ciudadanos. A este respecto, señala CASCAJO, que se *"pretendió proteger el valor de la persona humana en todas sus manifestaciones individuales y sociales"*[23].

[22] Olimpia de Gouges, militante y protagonista de la revolución fue guillotinada por sus compañeros de lucha por publicar la Declaración sobre los Derechos de la Mujer y de la ciudadanía. La muerte de Olimpia de Gouges fue resultado de su creencia y exigencia de que los derechos que la Revolución Francesa había ganado para los hombres libres y ciudadanos fuesen aplicados también para las mujeres, que por cierto no eran ciudadanas.
[23] CASCAJO J.L., *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pág.16.

Si bien, este texto en la historia del reconocimiento y garantía de los derechos de las mujeres tuvo poco significado. En este orden, los derechos civiles y políticos estaban hechos a imagen y semejanza de los hombres, olvidándose de la existencia de las mujeres; de tal modo, que a pesar de los avances en el marco de la protección de los derechos humanos las referencias al sector femenino eran deficitarias o inexistentes.

Esta carencia se planteaba incluso en los documentos constitucionales que ponían fin al absolutismo de este período, tal es el caso de la emblemática Constitución Francesa de 1848. Sin embargo, aunque no atiende a la cuestión femenina de forma particular, este texto constitucional recoge los principios de la Declaración de 1789, y puede considerarse como un hito en la proclama de derechos sociales a favor de la clase obrera. Es decir, este texto es un avance en materia social por el reconocimiento del derecho de los "ciudadanos" a tener una existencia digna. De esta manera, su objetivo principal fue convertirse en el instrumento para combatir a la burguesía que se alzaba con el poder económico y político en contra del proletariado. El factor trabajo estaba sometido a jornadas interminables, salarios pobres, y condiciones de vida míseras como resultado de la transformación económica y social que conllevó la industrialización.

No obstante, este texto constitucional declina abordar y regular el tema de la igualdad de sexos, centrándose en la declaración de una igualdad de los ciudadanos ante la ley, sin otorgar un tratamiento de específica mención a la situación de las mujeres en la sociedad. Lo cierto es que todavía estaba lejos la posibilidad de que las mujeres tuvieran el mismo tratamiento en los textos jurídicos que los varones.

Por otra parte, como consecuencia de distintas transformaciones económicas, sociales y culturales, el siglo XX trajo consigo el nacimiento de una clase social media que contribuyó a que social y económicamente el trabajo femenino fuese considerado como secundario. Esta situación con la ayuda de la Iglesia Católica fomentó la exclusión de las mujeres del mercado laboral.

De esa misma forma, en el orden normativo se mantiene la idea existente en la sociedad de la consideración de la función reproductora como la función social de las mujeres, a la par que se asigna al hombre el papel de sustentador de la economía doméstica. Este discurso dio fundamento a los distintos

ordenamientos jurídicos de la época, que justificarán la marginalidad del trabajo femenino provocando la marginalidad social de las mujeres. Al mismo tiempo, la situación de las mujeres se ve agravada por su débil posición en las esferas de poder, que ha supuesto que se conviertan en los parapetos de todas las calamidades y dificultades de una sociedad empobrecida económicamente

Este siglo mantuvo para las mujeres el rol de reproductoras, y paralelamente consagró la feminización de profesiones, tales como la enseñanza, personal auxiliar sanitario, telefonistas, dependientas y secretariado o determinados puestos de trabajo en el sector secundario como sucedía en la industria textil. Curiosamente, estos trabajos son una prolongación de las funciones sociales asignadas a las mujeres en el hogar en relación con la asistencia y cuidado de los demás. Sin embargo, como vemos en los apartados siguientes, los puestos superiores de mando y dirección siguen en manos de los trabajadores.

Por otro lado, si los precedentes períodos señalados son sombríos para los derechos de protección social de las mujeres, salvo honrosas declaraciones, es en el siglo XX donde se apreció un compromiso formal en la defensa de estos derechos, que iría establecida por los acuerdos internacionales. No obstante, la garantía jurídica mostró luces y sombras en cuanto a la protección judicial y legal del derecho de las mujeres a prevención social.

Sin embargo, el empuje en el ámbito internacional no llegaría hasta la década de los años veinte, que es cuando se plantea de forma directa la necesidad de atender de manera diferenciada a la cuestión social femenina. En esta época, Europa asistía a su recomposición tras la primera Guerra Mundial, y a los efectos colaterales de las demandas de la mayoritaria clase obrera que desembocan en un cambio de visión sobre la interacción entre el Estado y la sociedad, puesto que se configura como instrumento del constitucionalismo de la actuación del poder de accionabilidad del Estado.

En este análisis debe de destacarse la Constitución Mejicana de 1917, pues no solamente hace una proclama de derechos sociales de las mujeres, tales como la educación, la salud, la igualdad de retribución salarial, o la misma protección de la maternidad, sino que, además, se establece mecanismos

de garantía de estos derechos para que las mujeres puedan ejercerlos desde la igualdad con los hombres.

En Europa, no obstante, la incorporación definitiva de las mujeres al constitucionalismo social no se produciría hasta la década de los años cincuenta, como respuesta a las demandas de las mujeres. Todo ello empujado por la ebullición económica del momento que ofreció una oportunidad de trabajar fuera de casa a las mujeres, y se permitió aquellas otras que desearon quedarse en su hogar poder hacerlo debido a un aumento del nivel económico familiar. Si bien, no se puede desconocer que muchas mujeres se mantuvieron en esta situación debido a los papeles sociales que todavía continuaban asignándose a las mujeres dentro del hogar, al considerárseles responsabilidades femeninas.

Esta nueva actitud internacional será el hilo conductor para abordar el tema de las mujeres en el Estado social. La realidad femenina reclamaba una atención especial por parte del Estado, por cuanto no debe olvidarse que los estereotipos sexuales en la normativa y en la sociedad, amén de la marginalidad histórica de las mujeres han supuesto su exclusión social, política y económica. Las mujeres fueron mantenidas al margen de los objetivos alcanzados con el Estado liberal, y por esta causa se convirtió en una exigencia su participación en la formulación del nuevo constitucionalismo social. Aunque, la nota constante hasta bien avanzado el siglo XX fue su dificultad de obtener un tratamiento social y normativo de igualdad con los hombres. Este planteamiento y posición política se mostraba, incluso, en las etapas históricas más proclives a la plena participación pública y política de las mujeres.

El Estado social como proveedor de bienes y servicios prestacionales a la sociedad debe de responsabilizarse de la protección y garantía jurídica de los derechos sociales de las mujeres, para cuyo objetivo se debía contextualizar su realidad y las desventajas históricas. Por ello, la implementación de la democracia social desde el papel del Estado interventor y protector funda su actuación en la justicia social. Desde esta perspectiva, el *telos* constitucional es "*cierto equilibrio entre el valor de libertad y los de igualdad, individualidad y sociabilidad*"[24].

[24] MARTÍN MATEO, RAMÓN, *El marco público de la económica de mercado*, (2ª edic.), Navarra, Aranzadi, 2003, pág. 94.

A este respecto, el Estado social debe de actuar en relación a la declaración, garantía y protección jurídica de los derechos sociales de las mujeres en diferentes flancos. Por un lado, en la exigencia de la participación de las mujeres en la vida política, económica y social, que, por ende, conlleva dar plena eficacia jurídica y fáctica a su derecho de trabajar, y a su deseo de desarrollo profesional. En definitiva, reconocimiento pleno de igualdad de sexos en el marco laboral. Por otro lado, el requerimiento para que el ejercicio de sus derechos sociales se desarrolle desde la igualdad formal y real, es decir, igualdad en el contenido normativo, pero, también en el contenido fáctico. Por último, supone que desde el ordenamiento del Estado social se establezcan las premisas para que las mujeres puedan compatibilizar su vida profesional con su vida personal, y, consecuentemente puedan ejercer sus derechos libremente, y desde esa libertad puedan ejercer su capacidad de ser madres.

En esta misma línea, hemos de señalar que la defensa que hacemos de los derechos de las mujeres es para que éstos puedan ser ejercicios mediante decisiones, y opciones libremente adoptadas por las mujeres desde su derecho fundamental a decidir con libertad. Por consiguiente, que no estén manipuladas desde ningún orden social, político, económico y menos desde el jurídico.

Consideramos que se debe de entender que el bienestar para las mujeres exige poder compartir sus deseos de trabajar, juntamente a poder disfrutar de su familia y ejerciendo su capacidad de ser madres de forma libre y reflexionada. Por esta razón, la necesidad de plantear las tareas domésticas como un proyecto común de la pareja, al mismo tiempo que deben ser afrontadas de forma compartida desde el equilibrio. Por ello, la pretensión de que sea el propio poder público quien desarrolle una transversalidad de la política estatal con la interrelación del mercado, la protección de la familia y el respeto a la voluntad de las mujeres desde la igualdad de mujeres y hombres.

En consonancia con todo lo señalado, el Estado social del siglo XX se convierte en un instrumento del Estado de Bienestar. Éste es el elemento esencial en el marco social que surge para la corrección de los problemas de la desigual distribución de la renta que conllevó la industrialización de la economía.

Además, se legítima para tales objetivos a los poderes públicos, en cuanto a que puedan intervenir con políticas que den debido cumplimiento a las obligaciones constitucionales. Incluso, les corresponde

intervenir en el marco de la economía frente a los poderes empresariales, por esta razón debe el Estado ser algo más que un mero árbitro. Así, sólo desde esta perspectiva se podrá realmente hablar de una democracia política, económica y social, y hacer realidad el "*deber ser*" constitucional[25].

El Estado social afronta sus nuevas obligaciones de garantizar la seguridad material a la ciudadanía con una política social, que se vio implementada con el sistema público de seguridad social. Convirtiéndose en el instrumento que da efectividad a la justicia social desde la solidaridad y desde su estructura jurídica; ambos aspectos permiten dar categoría jurídica al Estado social como realidad.

La constitucionalización de la cuestión social favorece a que las mujeres en el acceso, y el disfrute de los derechos derivados de la previsión social lo realicen en igualdad de condiciones que los hombres. Por lo que en este punto, el Estado social debe de implicarse en dos sentidos, por un lado, en cuanto a su intervención en aras de lograr que las mujeres adquieran igualdad con los hombres, y por otro lado, en cuanto a una política intervencionista que permita efectuar un verdadero orden social entre los sexos. Es decir, que el Estado asuma funciones que justifiquen su carácter social desde la auténtica igualdad de mujeres y hombres en el marco de la democracia económica y social. Lo contrario sería vaciar de contenido al Estado social y a los valores y principios que lo definen.

En esa medida, el Estado se conceptualiza en la dinámica de un Estado bienhechor que descansa en la necesidad de promover medios, instituciones, y estructuras suficientes para que la sociedad pueda enfrentarse de forma socializada a las necesidades y riesgos que acucian a las mujeres. De ahí, desde la constitucionalidad de la justicia social, la independencia, la libertad, y por supuesto, desde la igualdad de hombres y mujeres, la necesidad del establecimiento de medidas normativas y fácticas que promuevan la

[25] Consúltese, DE CABO MARTÍN, afirma que*: "La manifestación más específica afecta a los derechos sociales constitucionalmente reconocidos, que pasan a ser una función de políticas y magnitudes macroeconómicas, hasta alcanzar los niveles mínimos exigidos por la armonía social y legítima política (...). A ello ha contribuido la deficitaria articulación jurídica de esos derechos que han carecido de una cobertura garantista adecuada de manera que uno de los supuestos del Estado Social (de derecho) ha seguido bajo el cristal jurídico del Estado Liberal (de derecho)*", DE CABO MARTÍN, CARLOS, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Social y sobre el constitucionalismo del Estado social,* México, UNAM, 1997, pág.233.

igualdad de sexos, y sobre la base de esas medidas poder las mujeres enfrentarse a aquellas situaciones de infortunio[26].

Necesariamente por este marco, el compromiso constitucional del Estado social se ha expresado, entre otros aspectos, en defensa de la igualdad de mujeres y hombres. Ésta ha sido expresión de la igualdad de oportunidades no como un mero inicio de un camino inacabado, sino como un objetivo de todas las sociedades democráticas que se definan como tales, y que ha germinado en el intento de incrementar la participación de las mujeres en todos los órdenes socioeconómicos y políticos.

Sin embargo, la situación en el constitucionalismo actual como vemos a lo largo del trabajo permite aseverar que al Estado social le quedan todavía metas que alcanzar. De esta manera, debe ser todavía consolidada la posición de las mujeres en el ordenamiento jurídico social, erradicando, de un lado, aquella normativa que continúa impidiendo su acceso, en términos de igualdad social con los hombres, al sistema de la seguridad social; y, por otro lado, adoptando medidas y acciones que permitan a las mujeres alcanzar la igualdad fáctica.

Las mujeres siguen siendo víctimas de un sistema de protección social, que surgido en la socialización del Estado lleva el estigma contributivo en sus condiciones y definición. De esa forma, se impide que las trabajadoras accedan al mismo en igualdad con el hombre, pues sus carreras profesionales se ven llenas de obstáculos o barreras, que les sitúan en desventaja en el momento de hacer efectivos los derechos sociales emanados del sistema de seguridad social. En esta medida, los problemas de incorporarse al mercado, de permanecer en el mismo, o las murallas invisibles existentes en la realidad sociolaboral femenina no permiten hablar de un autentico desarrollo de los derechos sociales de las mujeres, en tanto no está equiparado al hombre el trato que reciben, ni en la normativa social como sujetos de derecho, ni en la sociedad como personas.

---

[26] Sobre la materia, MUGUERZA, J., "*Hace coincidir los derechos humanos con "aquellas exigencias de dignidad, libertad, e igualdad" que hace de cada hombre, un hombre", La alternativa del disenso.* En VVAA., *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid, Debate, 1994, pág. 55.

Es decir, este devenir del ordenamiento constitucional permite el reconocimiento legal del derecho de las mujeres a participar en la vida civil y social[27]. No obstante, como se ha mencionado, aunque en la actualidad se ha logrado una meritoria equiparación normativa entre los sexos, no deja de ser este objetivo parte del ideario del constitucionalismo social, esto es, el poder garantizar la igualdad de sexos legal y fácticamente.

En resumen, el constitucionalismo social en sus inicios obvió la problemática de las mujeres en materia social, por ello, el Estado social debió dar cobertura a las demandas de las mujeres de igualdad con los hombres, juntamente con la defensa del ejercicio del derecho a la libertad de las mujeres y de la no discriminación en el orden socioeconómico. De ese modo, se hace preciso reconocer y dar garantía jurídica al derecho fundamental de la igualdad de sexos, aunque su origen con el nuevo concepto estatal se redefine con una construcción social; eso es, no se limita a la declaración de igualdad formal entre hombres y mujeres[28].

1.2. LA CRISIS DEL ESTADO SOCIAL

1.2.1. Análisis de las consecuencias de la crisis del estado social

1.2.1.1. Significado de los cambios sociales y económicos en el estado social

Con referencia a este tema es innumerable la bibliografía existente al respecto, sin pretender acotar todas las cuestiones que podrían suscitarse con relación al mismo, nosotras hacemos una reflexión sobre la relación existente entre la crisis del Estado social y el sistema público de la seguridad social, y cómo afectará a las mujeres.

---

[27] Amplía este tema, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales,* Madrid, Civitas, 2002, pág. 43.

[28] WILLIAM, Y WHEELER, señalan: "*Para anhelar el disfrute de los elevados placeres de la simpatía y la comunicación, del conocimiento entre los sexos, aumentados por la mutua gracia y viveza, el decoro y respeto mutuo, que hace surgir el sentimiento de una igualdad perfecta, sin restricciones en la relación un hombre, debe haber oído de tales placeres, debe ser capaz de concebirlos y debe tener una Constitución, ya sea por naturaleza o por educación, o por ambos, capaz deleitarse con ellos cuando se le presenten*", WILLIAM, ANNA Y WHEELER, THOMPSON, *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres,* Granada, Comares, 2000, pág. 59.

Los parámetros económicos y sociales que fueron el fundamento del nacimiento del Estado social se han visto modificados por nuevas prácticas comerciales e industriales. En esta medida hay una necesidad de reforma del constitucionalismo social surgido en el ámbito europeo de la Segunda Guerra Mundial, por cuanto las variables económicas y sociales que lo definieron en su momento están siendo objeto de transformación.

El análisis de los acontecimientos que han provocado que se hable de crisis del Estado social obliga a la enumeración de hechos de diversa índole, tanto económicos como sociales[29]. Entre los primeros, se sitúa la globalización de los mercados y con ella el "dumping social"; y entre algunos de los aspectos sociales, hechos como superpoblación y el envejecimiento de la población del mundo occidental, pero, por otro lado, la reducción en los países occidentales de la tasa de natalidad que impide el relevo generacional como instrumento de financiación del sistema de seguridad social en el nivel contributivo.

En este sentido RODRÍGUEZ CABRERO, considera que el Estado de bienestar está definido por el capital económico y social a la par que se ve legitimado en sus acciones por la ciudadanía europea. Pero, señala que parte del descrédito del Estado en la actualidad se debe a las nuevas formas de marginalidad social. Así, la crisis está servida desde el momento que cambian las condiciones que se esgrimieron para el nacimiento del Estado social en la década de los 70. Al respecto, determina que la crisis se suscita en base al estancamiento de la producción, que repercutió en la financiación del gasto social y como consecuencia, la expansión necesaria de los mercados privados en el sector servicios que hacen presión al Estado para que privatice servicios públicos. Asimismo, las repercusiones de la internacionalización de la economía y los subsiguientes cambios estructurales sociolaborales[30].

Por estas causas, la reformulación de la cuestión social exige atender a estos nuevos y complejos acontecimientos, pero evitando que las modificaciones jurídicas respondan al clientelismo político en aras de la captación de votos, o fruto de las presiones por parte de los grupos que representan a los poderes políticos. Por el contrario, deben de responder a valores y principios constitucionales.

---

[29] Véase la obra de RODRÍGUEZ CABRERO, GREGORIO, *El Estado del bienestar en España: deberes, desarrollo y retos,* Madrid, Fundamentos, 2004.

[30] RODRÍGUEZ CABRERO, GREGORIO, *El Estado del bienestar en España: deberes, desarrollo y retos,* Madrid, Fundamentos, 2004, págs. 16 a 22.

De esta forma no son admisibles, de ningún modo, las posturas partidarias de que sea el mercado y su mano invisible quien se encargue de las garantías de la satisfacción de las necesidades sociales. Es decir, puesto que la historia ha demostrado que los efectos del sistema capitalista deja en situación de desventaja a los colectivos más débiles, el Estado no puede optar por una postura laissez faire, dejando hacer libremente al mercado y a los poderes fácticos, porque, la sociedad se ve aquejada por la demagogia liberal que plantea la idea de que el mercado sea la solución a todos los problemas de la población, y que sea este escenario el que proporcione recursos suficientes que permitan la satisfacción de las situaciones de necesidad[31].

En este sentido, en abstracto, a nadie se le escapa que son numerosas las propuestas planteadas al respecto de encontrar la solución a los problemas de financiación del Estado social. Sirve para dar cuenta de los diferentes postulados, medidas tales como la privatización de las prestaciones y servicios que dan efectividad a los derechos sociales, flexibilidad laboral, contención del gasto social. También, con políticas regresivas sobre la garantía de la seguridad material que aducen a sistemas de capitalización como instrumentos para hacer frente a las contingencias, y sostenidos en base a la individualidad en su financiación.

Así como el planteamiento de la demanda del incremento de las aportaciones finalistas del Estado al presupuesto social, cuyo origen es la fiscalidad de los beneficios de las empresas. En este caso, consideramos que esta fuente de financiación es aconsejable, puesto que es ajena al número de personal contratado en la empresa y no penaliza a las empresas que precisan de mayor número de mano de obra.

---

[31] DE VEGA, P., considera que: "*Lo que significa que nuestra obligada conversión en ciudadanos del mundo a la que,* por *necesidad, mandato y exigencia del mercado nos vemos sometidos, sólo puede producirse a costa de la renuncia cada vez más pavorosa de nuestra condición de ciudadanos en la órbita política del Estado, dentro de la cual el hombre es, ante todo, portador de unos derechos (...) que en todo momento puede hacer valer frente al poder. Difuminada la ciudadanía en una organización planetaria, difícilmente podrá nadie alegar derechos y esgrimir libertades (...), ante unos poderes sigilosamente ocultan su presencia"*, DE VEGA, P., "Mundalización y Derecho Constitucional: crisis principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos,* núm.100, 1998, pág. 17. En RUIPÉREZ, JAVIER, "¿ La Constitución en crisis?. El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático", *Op.cit.*, pág. 157.

Igualmente, hay determinados sectores políticos y sociales que desde la perspectiva laboral consideran que las mujeres deben regresar a los hogares y de esta forma, dejar puestos de trabajo para los hombres. Un postulado que recuerda épocas pasadas, y, que infringe el derecho constitucional de las mujeres a trabajar, a la vez que se obvia que el trabajo fuera del hogar constituye a las mujeres en sujetos cotizantes y que contribuyen al sostenimiento financiero del sistema al ser parte activa del progreso económico.

De estas medidas algunas tienen su origen en la ideología neoliberal, pues con ellas se puede interferir en el constitucionalismo social y poner en peligro la esencia del propio Estado social. La contextualización nos llevaría, por lo tanto, a la sistematización dentro del propio Texto Constitucional de una realidad cambiante que se ve afectada por importantes cambios socioeconómicos y políticos[32].

Éste es el caso con respecto de la privatización de determinados servicios públicos, eso es, dentro del neoliberalismo se está considerando como vía de solución a los problemas presupuestarios de los derechos sociales. Si bien, tal demanda sólo es referida a los servicios y prestaciones que son rentables, y para desarrollar una gestión y organización que se establece con los parámetros de empresas privadas. Así, los eventuales titulares de estas prestaciones se constituyen previa aportación económica a un seguro privado, salvo que exista subvención o ayudas públicas, tal y como se está pudiendo comprobar en la efectividad de determinados derechos sociales como la educación o la sanidad[33].

En España, se establecen entre otras causas determinantes de la necesidad de redimensionar el Estado social: la crisis energética, la necesidad de medir los gravámenes que debe aportar las empresas

---

[32] Señala ZINTL, que el Estado social incluso en el contexto neoliberalismo debe de buscar, "*la justicia distributiva en contra de los resultados de las fuerzas del mercado. El mercado es considerado, en el mejor de los casos, como un mecanismo de asignación satisfactorio, pero no como uno que incorpore libertad individual en un sentido moralmente aceptable. Las reglas del mercado son una cuestión de conveniencia, no de justicia. Por lo tanto la intervención, la corrección, por medios políticos, no es considerada como generadora de un problema constitucional, sino más bien como necesidad para instaurar la libertad y la justicia",* ZINTL, REINHARD, *Neoliberalismo y Estado Social,* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 13, 1993, Alicante, pág. 37.
www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

[33] Sobre este tema es de destacar las aportaciones de SUÁREZ, FERNANDO, *El informe español*. En MARZAL, ANTONIO Y SUPIOT, ALAIN Y CARBY-HALL, JO Y AMOROSO, BRUNO Y CARABELLI, UMBERTO Y VENEZIANI, BRUNO Y SUÁREZ, FERNANDO Y MÜCKENBERGER, ULRICH Y REBHAHN, ROBERT Y LYON-CAEN, GÉRARD, *Crisis del Estado de Bienestar y Derecho Social,* Barcelona, ESADE, Facultad de Derecho de Barcelona, 1981, pág. 83.

ya se trate de cargas fiscales o de costes sociales, la mundalización de la economía, incluido el factor trabajo. Igualmente, modificaciones en la estructura de las familias españolas, incremento de la población mayor de 65 años, reducción de la tasa de natalidad, y la crisis económica que ralentiza el crecimiento económico de España reduciendo los ingresos presupuestarios públicos a la par que se incrementa el número de gastos derivados del aumento del desempleo[34].

En este sentido, en España, el constitucionalismo social se muestra con características peculiares, puesto que la consolidación del Estado social y su responsabilidad en la garantía de los derechos sociales se abordaron bajo los efectos de la crisis económica de 1973, que perduraría hasta el final de la década de los setenta. Asimismo, en la actualidad, cuando el gasto social europeo se ha estancado, el gasto español en la partida social debe aún seguir creciendo para alcanzar la media europea. Todo ello en un momento de abruptas transformaciones económicas, sociales y políticas.

Comparando el gasto social español con la media europea se observa que se ha incrementado en los últimos tiempos y con ello, el peso del sector público es del 49,4 % del PIB para 2004, mientras en la UE es del 50,6 % del PIB. El gasto social creció hasta el 1993, sin embargo, desde dicha fecha el gasto se estabiliza. Estos datos en conformidad con lo establecido constitucionalmente exigen no hablar de crisis del Estado social, sino de cambios y de adaptabilidad. Esta reformulación debe de tener presente que la población en el 2025 será más de dos millones y medio de personas mayores de 65 años, es decir, un 43 % más con respecto de 1995, de tal modo, que pasa de siete millones de pensiones a once. Por el contrario, en 2025 la tasa de paro se reducirá al 7%, el PIB será del 2,5 %, la productividad en el trabajo será del 1,5%, y la tasa de actividad 70%. Datos en un planeta con 8.500 millones de personas, y que para finales del siglo XXI supone una población de 11.300 millones de personas[35].

Al igual que con respecto al devenir histórico del Estado social, también, el sistema público de la seguridad social condicionado por el constitucionalismo social debe esbozar su propia evolución[36]. En este contexto, la necesidad de una reforma social, igualmente, compromete al sistema de seguridad social

[34] SUÁREZ FERNANDO, *El informe español, Op. cit.*
[35] Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. www.mtas.es
[36] Sobre estas premisas, SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS, "*Reflexiones sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado".* En *Estudios de Derecho Público.* Libro Homenaje a J.J. RUIZ-RICO, Madrid, Tecnos, 1997.

afectado por las dificultades de la economía española acosada por una serie de acontecimientos, tales como los efectos de la salida de empresas productoras hacía países con costes sociales inferiores, cambios en la estructura de la familia. De igual manera, las modificaciones en los datos demográficos con un envejecimiento de la población española hacen que se prevea un incremento de los beneficiarios de las prestaciones sociales destinadas a atender a las personas mayores de 65 años, a la vez que al igual que en el resto del mundo occidental se registra un descenso de la natalidad.

A este respecto, los informes económicos cuestionan la persistencia del sistema contributivo social, tal y como se conoce en la actualidad. Así, en palabras de SUÁREZ, "*cuando en España se habla de crisis del sistema de seguridad social, hay que advertir inmediatamente que en los últimos años se ha disparado el gasto público, se ha reducido la edad de jubilación se han reconocido prestaciones a quienes no tenían derechos a ellas, se ha practicado una política económica que ha producido el mayor porcentaje de parados de los Unión Europea. Atajar el origen de los males es tan urgente como no atribuirlos a la seguridad socia, que los padece, pero que sirve también para paliarlos*"[37].

En definitiva, por todo lo señalado, nosotras no consideramos debatible su desaparición o sustitución por un sistema privado de previsión. No se puede volver a caer en los errores del pasado y volver a un sistema de capitalización, que ya en su momento se mostró insuficiente como sistema de protección y que dio lugar a un necesario cambio con la aplicabilidad del sistema social de reparto. De este mismo modo, el Estado social surge bajo el muro maestro de la solidaridad, y, así, debe mantenerse la solidaridad intergeneracional que hace obligado que las generaciones presentes activas financien las pensiones de las generaciones no activas.

En esta misma línea mencionada, también se ha planteado la sustitución del sistema público de seguridad social por un sistema de capitalización de la previsión social. Esta fórmula dista de ser la constitucionalizada en el artículo 41; en esta medida, sustituir o simplemente no revalorizar las prestaciones sociales supondría un quebramiento de los principios constitucionales. Además, el objetivo constitucional de un orden económico y social justo exige que la acción política se diseñe conforme al

[37] SUÁREZ, FERNANDO, *El informe español*. *Op. cit.,* pág. 100.

principio de solidaridad y garantía de una existencia digna, por lo que el Estado no pueda funcionar como una entidad bancaria y gestionar con rentabilidad capitalista el dinero que vamos contribuyendo.

1.2.1.2. Influencia de la crisis del estado social en las mujeres

Esta nueva situación política, social y económica invoca una proyección de la igualdad de mujeres y hombres en la reformulación de los derechos sociales, con mayor participación de las mujeres como sujetos de derecho en orden a dar respuesta a las nuevas exigencias de la cuestión social femenina, tanto en el plano fáctico como en el marco jurídico. Este planteamiento es un hecho irrefutable para la reorganización de los elementos socioeconómicos diseñados desde la solidaridad, y que permitiría afrontar los nuevos retos del Estado social actual.

Por tanto, se hace latente la necesidad de la interacción de los distintos órdenes de la cotidianeidad femenina, que debería recoger los impulsos sociales de la realidad que se reclaman para hacer frente a los nuevos acontecimientos[38].

Precisamente, la inicial debilidad del capítulo de los derechos sociales y su escasa fortificación garantista hacen que se tambalee su subsistencia ante los nuevos valores e ideologías de mercado. Además, agravada su situación por estar el desarrollo del esquema social acosado por su vinculatoriedad al marco económico.

Sin embargo, el contenido social de la Carta Magna española requiere que se realice desde la garantía y la protección de los derechos sociales. Es decir, todo cambio jurídico sobre la protección de los derechos sociales debe ser implementado teniendo como postulados la justicia, la igualdad, la libertad, y en el caso del sistema de protección social, especialmente, la solidaridad entre la ciudadanía a través de una estructura que garantice la paz social. Dicho de otro modo, el pacto entre lo social y lo económico reposa en el logro del respeto a la dignidad de las mujeres, porque lo contrario sería ahondar aun más en

[38] GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Op. cit.,* pág. 48.

la desigualdad material dejando sin efectos las declaraciones formales sobre igualdad de mujeres y hombres.

En este marco debe de señalarse que la connivencia del capital y del trabajo tiene dificultad de concurrir de forma pacífica, y por ello es más fácil de quebrantarse el principio de igualdad de sexos. Precisamente, por esta causa, al Estado le corresponde mediar para evitar dichas quiebras, y garantizar su satisfacción, y con ella el respeto a la dignidad de la persona que es vestíbulo para la satisfacción de las necesidades en la esfera moral. En esta línea, el acceso al mercado dará a las mujeres capacidad económica y libertad de actuación, en conclusión, un estatus de ciudadanía. Por lo que es insoslayable, el papel importante que juega el Estado para intervenir en la defensa de los derechos sociales de las mujeres.

A tales efectos, el Estado social del XXI debe afrontar la igualdad de sexos teniendo en cuenta los resultados, pero sabiendo que es un tema en el que se avanza con gestos políticos no siempre éticos al ser más debidos en ocasiones a la atención del cliente dueño del voto, que a una clara voluntad de compromiso de los poderes con el feminismo. Cuestión que debe cuidarse, por cuanto esta situación podría hacer depender los derechos sociales de las mujeres del momento político.

La defensa de los derechos de las mujeres debe exigir su consolidación, al mismo tiempo que mantenerse aislados de la reaparición de viejos valores liberales que incitan a la exclusión social de las mujeres. Esta redefinición de la reforma social debe ir más allá del compromiso de programas electorales, y deben ser decisiones de su tiempo asumidas en la realidad de las mujeres y desde el respeto a la voluntad femenina.

En suma, el nuevo contexto y circunstancias hacen que hoy se hable de que los textos constitucionales están en crisis, por cuanto la situación en la actualidad es diferente, con circunstancias bien distintas a aquellas en las que germinó el Estado social. La liberalización del orden económico supone la crisis de lo social, la rentabilidad económica puede dar lugar a un marco de retroceso del bienestar de la ciudadanía, y con ideólogos en el poder político poco preocupados por la cuestión femenina, y en cambio afectados por el marco económico.

Además, a menudo las políticas sociales se deciden sobre la base de la rentabilidad económica, y en esta oleada de política económica liberal se habla de la exigencia de que los planes sociales se presenten con un tratamiento capitalizado de orden privado, mostrándose como la vía para solucionar las dificultades que la sociedad del siglo XXI tiene para mantener el sistema social. En consecuencia, las mujeres se verían afectadas por la capitalización de las pensiones, cuando las cifras arrojan que, mayoritariamente, los salarios femeninos son precarios e inferiores a los masculinos en una media del 30%. De tal modo, que esta medida impediría a las mujeres formalizar un seguro de previsión privado.

De esta forma, nuevamente, las trabajadoras en esta situación serían las víctimas de una discriminación indirecta por los problemas financieros del sistema público de seguridad social. Por consiguiente, lo que compele son reformas estructurales, pero nunca resurgiendo los criterios de redistribución de la renta de un sistema de seguros sociales capitalizados, puesto que esa posibilidad ya está prevista en la Constitución, pero como un sistema complementario.

A este respecto, son explícitos los siguientes datos con relación a la percepción de prestaciones no contributivas, para las que se recuerda no se exige ni afiliación, alta, ni carencia alguna para ser beneficiarios/as de este tipo de pensiones. De este modo, se cifra este número de mujeres perceptoras de pensiones del nivel no contributivo en el 51,09%; mientras que el número de mujeres titulares de pensiones contributivas es del 42,38%. Especialmente, es muy indicativo el número de mujeres que son perceptoras de la pensión no contributiva de jubilación, lo cual manifiesta que las mujeres están en situación de desventaja social cuando cumplen 65 años.

Desde esta perspectiva, se demuestran dos realidades, una, el elevado número de mujeres excluidas del mercado de trabajo oficial, porque su índice de percepciones de pensiones contributivas es inferior al índice de los hombres, y otra, que sus ingresos en la actualidad a los 65 años están por debajo de los límites económicos, ya que se les permite acceder a este nivel no contributivo. Revelando las situaciones de necesidad reales en las que se encuentran las mujeres cuando alcanzan determinada edad,

a la vez que se manifiesta que son perceptoras en mayor número que los hombres de prestaciones del nivel asistencial[39].

En esta misma línea, los datos expresan que el 84,20% de los perceptores de la pensión no contributiva por jubilación son mujeres, y en el caso de incapacidad permanente el 60%, siendo en este caso la causa más frecuente la discapacidad física[40].

Asimismo, entre las medidas previstas a este respecto, sería planteable dentro de una adecuada regulación jurídica y control administrativo la posibilidad de poder seguir trabajando después de la edad obligatoria de jubilación. De esta manera, se corresponde crear cauces para las mujeres que voluntariamente deciden en un momento de su vida laboral cesar en el trabajo; de ese modo, se les permita la opción de volver a trabajar para así incrementar los años cotizados, y con ello ver mejorada su pensión de jubilación. Es decir, esta medida no debe de plantearse desde la sobreexplotación femenina, sino desde el establecimiento de rutas para que las mujeres puedan en todo momento compatibilizar su vida laboral y personal, y en todo caso permitir optimizar su sistema de protección social.

Por otra parte, en los últimos tiempos está cada vez tomando más impulso la postura que aboga por la individualización de los derechos sociales y fiscales planteada desde la simetría. Sin entrar en materia fiscal y centrado el estudio en el área social, se considera que esta idea supondría que las mujeres fueran consideradas por el sistema como individuos, mostrándose ajena su protección a toda organización familiar, vínculo matrimonial, o a la cohabitación acreditada. Esto es, cada persona será autónoma e independiente de las relaciones familiares en el reconocimiento de la protección social a la cual se accederá como un derecho propio.

La individualidad de los derechos sociales pretende poner fin a la discriminación femenina, así, se proscribirían los derechos derivados y se reconocería el desarrollo de los derechos directos. De tal

[39] Fuente: Instituto de la Mujer, año 2002. Elaboración propia a partir del Anuario de Estadísticas Laborales y de Asuntos Sociales. (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).
www.mtas.es/mujer/mcifras/htm
[40] Datos de la Memoria del Consejo Económico y Social. *Sobre la situación socioeconómica y laboral de España.* Madrid: Consejo Económico y Social, junio 2003.

manera, que el titular de la protección lo sería en cuantía de acuerdo a las aportaciones efectuadas al seguro. Esta prestación se acompañaría de un subsidio reconocido para toda la ciudadanía de forma universal.

En esta medida, el ciudadano/a sería responsable de la cobertura y protección en ciertos riesgos; garantizando el Estado, como derechos directos, el acceso universal a la protección de aquellas personas que no han trabajado. La protección social se basaría en un paralelismo, primero, en base al sistema del seguro con una protección en relación con las cotizaciones pagadas e independientemente de las relaciones familiares; sería contrario al sistema de los derechos indirectos, y no dependiendo del riesgo, sino de los ingresos. Segundo, la protección tendría como objetivo la satisfacción de las necesidades en suficiente grado para poder hablar de subsistencia digna. Nuevamente, se hablaría de derechos propios de las mujeres a los que se accedería sin tener en cuenta su estado civil.

De esta forma, se consideran las ventajas para las mujeres que serían beneficiarias de la protección destinada a la ciudadanía, en cuanto a que serían titulares de derechos propios y no derivados del varón en grado de dependencia. Además, se protegería a las mujeres principales afectadas de la clandestinidad del trabajo, contratos a tiempo parcial, con peores retribuciones que los contratos de los hombres, y, con carreras profesionales que se acortan por embarazos, permisos de maternidad y excedencias. Asimismo, estos períodos de cuidado a los demás deberían ser incluidos en el cómputo de aportaciones en el acceso a la protección dentro del apartado de trabajo no retribuido. Por otra parte, desaparecerían los complementos económicos por cargas familiares.

No obstante, este discurso sobre la individualización de los derechos sociales debe ser planteado en términos de prudencia, pues se basa en un sistema ligado a las aportaciones del ciudadano/a. Por lo tanto, en este caso las mujeres podrían estar claramente en desventaja por disponer de inferiores recursos salariales; y, especialmente, quedarían afectadas cuando son madres que asumen en solitario el cuidado de sus hijos/as.

El sistema de seguridad social tiene endémicas dificultades para su financiación ante un posible menor número de cotizantes y una eventual reducción de la tasa de natalidad. En consecuencia, podría

suceder que esta individualización de los derechos ante dificultades económicas quedase reducida en el primer tramo de protección, es decir, en una protección cuantificada sobre la base de las aportaciones previas al seguro. Esta situación pondría en peligro la independencia de muchas mujeres de no formularse un sistema social de carácter universal con criterios de reparto planteado desde la solidaridad y la justicia social.

Por último, con estas propuestas, nuevamente, se vuelve a desconfiar de la voluntad de las mujeres y de sus deseos de trabajar, porque se considera que con derechos derivados se desincentiva a que las mujeres deseen continuar trabajando, y que cualquier complemento a las prestaciones de la persona de la que dependen, y con origen en su desempleo, motivaría a las mujeres a su salida del mercado de trabajo.

De manera que se vuelve a pensar por las mujeres, y a considerar que las mujeres trabajan por capricho. Por otra parte, esta idea es un tanto ilógica, cuando la pensión de viudedad mínima es de 411,76 euros para mayores de 65 años, y 383,86 euros para los beneficiarios/as entre 60 y 64 años, a lo cual sólo cabe preguntarse, si estas cantidades son suficientes motivos para que las mujeres se sientan motivadas para abandonar el mercado de trabajo[41].

La solución pasa por respetar la voluntad femenina, y no presumir que al primer subsidio, pensión o ayuda que se otorguen a las mujeres como derecho derivado abandonarán el mercado de trabajo, puesto que sus intereses profesionales son tan maduros y razonables como los de los hombres.

Otra cosa bien diferente es que se promueva la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres, y para ello se confeccione una reformulación del sistema de seguridad social teniendo en cuenta los diferentes aspectos y desde una prudente reflexión previa a la toma de decisiones.

[41] Cuantías fijadas en la Ley General de Presupuestos del Estado 61/2003, de 30 de diciembre y el RD 2/2004, 9 de enero normativa de revalorización de las prestaciones de la seguridad social.

En conclusión, estas nuevas circunstancias hacen que en la actualidad determinados sectores hablen de que los textos constitucionales están en crisis por cuanto la situación en la actualidad es diferente, con circunstancias bien distintas a su origen, y de ahí, su necesaria transformación. La liberalización del orden económico supone la crisis de lo social, y, la rentabilidad económica puede dar lugar a un marco de retroceso del bienestar de la ciudadanía amparado en ideólogos del poder político poco preocupados por la cuestión femenina, y mucho por la rentabilidad que hace que hoy como nunca se deba proteger los derechos sociales de las mujeres.

Tal y como hemos venido afirmando, en España, las políticas sociales deben de orientarse a tratar de cumplir con las obligaciones que se desprenden para el Estado de la Constitución de 1978, pues la escasez o el déficit presupuestario no puede soslayar el carácter jurídico de dichas responsabilidades jurídicas, aunque se haga necesaria la redimensión de su papel en el marco socioeconómico.

1.2.2. Los "grandes retos" visibles del estado social contemporáneo

1.2.2.1. Globalización: especial referencia al impacto sobre las mujeres

En consonancia con todo lo anterior, hechos económicos como la globalización y la migración se presentan como grandes retos al Estado social y su propia estructura de valores que se están viendo afectados por estos hechos que agitan los parámetros que dieron como resultado la conceptualización del actual constitucionalismo social, y que por tal circunstancia reclaman una especial atención.

En esta línea, la incidencia de estos hechos tiene unas repercusiones jurídicas, políticas, sociales y culturales que muestra que son dos aspectos de una misma realidad, a saber, la globalización es un cambio económico que transforma las estructuras productivas y la economía de los Estados, y que conlleva consecuencias para las poblaciones de los países que son sacrificadas en aras de la rentabilidad empresarial. Además, como consecuencia de estos nuevos procesos económicos se están produciendo movimientos migratorios a resultas de la imposibilidad de subsistir en aquellos países más acuciados por la globalización y por el neoliberalismo estatal.

Estos acontecimientos son los nuevos retos para el Estado social, es decir, convertir la globalización económica en globalización social. Por otra parte, la migración es hoy un hecho de importancia internacional en el cual las mujeres parecen "invisibles legalmente para un tratamiento específico"; toda vez que es más numerosa la presencia de las mujeres en los flujos de desplazamiento geográfico. El objeto del constitucionalismo social europeo debería de tratar de evitar que las mujeres sean el colchón social, sobre el cual giren las soluciones planteadas para afrontar todos los defectos de este cambio socioeconómico.

En este orden, desde la perspectiva económica, el Estado social significó históricamente el intento de adaptarse a las nuevas condiciones sociales impuestas por la civilización industrial, y posteriormente, a los efectos de la etapa posindustrial. Los cambios del sistema de producción y mercado en la denominada etapa posfordista constituyen una modificación de las estructuras de fabricación, al mismo tiempo que transforman la actuación de los poderes públicos que deberán instrumentalizar medidas para conseguir y consolidar la igualdad social de mujeres y hombres.

Esta nomenclatura media en la intervención estatal y en las relaciones sociales en sentido idéntico y afianza la condición de ciudadanía social, a la par que trata de evitar la dualidad que el propio concepto de mercado pueda comportar según la titularidad de los recursos económicos. Además, convierte la producción localizada en centros diferentes a aquél que lleva a cabo su distribución y comercialización[42].

La crisis de 1929 puso de relieve la intervención estatal desde una postura económica bajo las teorías de KEYNES. Intervención en política macroeconómica con medidas de fomento al empleo, de la utilización de los impuestos, análisis de la oferta y la demanda y en función de estos instrumentos adoptar un conjunto de disposiciones para corregir los errores del mercado. Se postula a favor de los principios del Estado social modificando los sistemas económicos a través de la socialización estatal, que se refleja en un mayor gasto público y la configuración de un incipiente sector público, e igualmente mayores intervenciones estatales en inversiones de diversa índole.

[42] El Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) desde 1995 se negocia casi en la clandestinidad, en el marco de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, tiene como objetivo regular y determinar las directrices de los gobiernos nacionales al objeto de mantener un control estatal, y la mundalización del capital financiero en detrimento del capital industrial "fordista", en definitiva un control a la economía global mundializada.

Durante las décadas de 1950 y 1960 se aplican los parámetros de la economía mixta en una conjunción de políticas de programas sociales y de bienestar. Con el sector público nacen los presupuestos administrativos que hacen que el Estado Social se defina con sencillez en sus propósitos. Es decir, se mantiene el respeto al individualismo y garantía del derecho a la libertad personal, pero, asimismo se implementa la intervención estatal para eliminar la pobreza y las servidumbres a la economía de mercado[43].

Las medidas Keynesianas ya utilizadas y experimentadas en la crisis del 29, se aplicaron, de nuevo, con mejor o peor suerte en la crisis del petróleo de 1973, e igualmente, se emplearán en la crisis del 1992 que afectó a los mercados financieros en un momento en el cual la fluidez de capitales privados estaba muy restringida. De este modo, a partir de esta fecha, los mercados financieros se hicieron realmente globales con la metamorfosis de la economía social condicionada a las necesidades del mercado. En este sentido, las teorías Keynesianas son los baluartes del Estado intervencionista frente a las consecuencias de un mercado liberal.

El crecimiento de las empresas transnacionales da una nueva configuración a las relaciones comerciales de las décadas siguientes, que se ha denominado con el señalado término de la globalización. Tal término económico busca significar un aperturismo territorial en razón de beneficios comerciales, menores costes de producción, nuevos parámetros y reglas de competitividad mercantil, y un hecho esencial como la aparición del mercado de capital financiero con una fuerza y poder como nunca se pudo predecir.

El fenómeno de la globalización es para algunos expertos similar al acontecido en las colonias con la internacionalización del comercio. Sin embargo, con una importante diferencia dado que entonces las relaciones comerciales tenían intereses territoriales, y las relaciones actuales se basan en los intereses

[43] En efecto, la vigencia de los acuerdos de Bretón Woods concurren con el despliegue del Estado Social en todo su esplendor, con un crecimiento económico y un progreso social como nunca se había conocido. En este sentido, "*Como se sabe, el orden financiero internacional nace formalmente en 1944 con los acuerdos de Bretón Woods, de ellos nacen, tanto las bases del sistema monetario, como las instituciones de su gobierno",* MAESTRO BUELGA, GONZALO, "Globalización y Constitución Débil*", Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 7.1, semestre 2001, Madrid, UNED, págs. 137-172.

de grandes corporaciones con capitales cuya única patria es el beneficio comercial, y una concentración de capital que supone que el 20% de la población mundial tiene en sus manos el control de la economía planetaria.

De esta manera, este acontecimiento económico supone como señala CASTELLS, que la producción y todos los factores de producción se establecen de forma globalizada; asimismo esta mundalización de los mercados se extiende a la condición de consumidor, e incluso a las vías de distribución. No obstante, esta red de vínculos económicos responde a la búsqueda de la máxima rentabilidad económica, aunque se ha precisado para este proceso de los avances de las nuevas tecnologías[44].

Por otra parte, en occidente, este nuevo acontecimiento conlleva que en los mercados de trabajo se detecte una mayor inseguridad laboral, y se teme que se terminará por querer competir con los países en los que los costes sociales son menores. De ese modo, se renunciará a los logros sociales para abaratar la producción al objeto de evitar que las empresas huyan a los paraísos sociales para ver incrementadas sus cuentas financieras. Este proceso económico no controlado por los poderes públicos sólo conseguirá que la riqueza mundial se concentre en manos de unos pocos titulares.

La globalización no supone una mejora de las condiciones de vida en los países que son receptores de nuevas empresas y de las fábricas, en cuanto a que las empresas que se trasladan a estos países lo hacen al sabor de sus bajos costes sociales y fiscales, con consecuencias lacerantes para la población de estos países. Dicho de otra manera, en estos países receptores de industria no ven mejorado su bienestar social por este nuevo hecho económico a causa de que se mantienen sus

[44] En palabras de CASTELLS, "*La producción, el consumo y la circulación, así como sus componentes (capital, mano de obra, materias primas, gestión, información, tecnología, mercados), están organizados a escala global, bien de forma directa, bien mediante una red de vínculos entre los agentes económicos. Es informacional y global porque, en las nuevas condiciones históricas, la productividad se genera y la competitividad se ejerce por medio de una red global de interacción. Y ha surgido en el último cuarto del siglo XX porque la revolución de la tecnología de la información proporciona la base material indispensable para esa nueva economía*", CASTELLS, MANUEL, *La era de Información, Economía, Sociedad y Cultura,* Madrid, Alianza, 1997-1998. Citado por, DE VILLOTA, PALOMA, *Globalización y género,* Madrid, Síntesis, 1999, pág. 21.

condiciones míseras de supervivencia, pues las ganancias de estas empresas no tienen ninguna repercusión social, ni económica en el país.

Por otro lado, la Comunidad internacional no está interviniendo para exigir a las empresas y a los Gobiernos de estos países medidas de corte social que darían lugar, por una parte, a corregir los efectos de "dumping social", y por otra parte, a evitar que la población tuviera que abandonar su país al ver que la situación económica y social mejoraría de forma ostensible.

Esta situación económica y social ha dado lugar a lo que BALLESTEROS, llama los "nuevos pobres", ciertamente, en la actualidad no se puede hablar del proletariado en el sentido estricto que corresponde al momento histórico de su nacimiento con la Revolución Industrial[45].

Entendiéndose por tal concepto de "nuevos pobres" a la debilidad económica de su posición en una sociedad que valora el tener un empleo, pero no cualquier trabajo, sino uno que esté bien remunerado y de consideración social, ya que es el instrumento para ser "alguien" frente a esta condición se posiciona en un inferior nivel al resto de la población que no alcanza esa categoría. Son aquellas personas que o bien, están fuera del mercado laboral por la edad, por encontrarse desempleadas, o bien, porque sencillamente aún estando dentro del mercado de trabajo desempeñan funciones que la sociedad necesita, sin embargo, ésta las considera "mal vistas". Estos trabajos que son excluidos socialmente absorben mayoritariamente a las mujeres, y se caracterizan por ser trabajos precarios y desarrollados en condiciones laborales deficientes.

Los sectores más desfavorecidos ven agravada su situación por una sociedad mercantilista y competitiva. En esta tesitura, las mujeres vuelven a ser el punto débil y resultan dañadas por una economía globalizada ajustada a los rigores del mercado. Además, en el caso de las mujeres europeas, titulares de contratos precarios e históricas dificultades para lograr el respeto a sus derechos sociales podrán de nuevo ver como se les obstaculiza o impide el acceso al mercado de trabajo, para hacer frente

[45] Véase, BALLESTEROS, JESÚS, *Derechos humanos,* Madrid, Tecnos, 1992, págs. 137-143.

a las perdidas de empleos fruto de la recesión económica como ya sucedió en épocas pasadas, y se vean obligadas a renunciar a sus derechos sociales.

Esta nueva situación puede evocar al aterrador discurso de pretender solucionar los problemas económicos situando nuevamente a las mujeres en el hogar, o bien, obligándolas a decidir entre trabajo y familia[46]. La solución, a nadie se le escapa, pasa por la prosperidad del mercado para toda la ciudadanía y con un control a la especulación. De tal forma, que con relación al bienestar de toda la población se debe hablar no sólo de globalizar la economía, sino también de la calidad de vida e igualdad de trato entre hombres y mujeres.

En suma, hay que evitar la feminización de la pobreza, por lo que no basta con un crecimiento económico, y debe de establecerse un marco de actuación con mejora de contratos y condiciones sociales ajenas a la explotación empresarial, mediando la intervención estatal y los agentes sociales para evitar que las mujeres sean sacrificadas aduciendo intereses financieros y de productividad.

Esta nueva situación económica tiene incidencia en el marco del sistema de protección de la seguridad social, en cuanto a que la búsqueda del beneficio económico empresarial hace peligrar la estabilidad del empleo. Este objetivo tiene dos consecuencias, por un lado, las empresas se situarán en los países con menores cargas sociales y por otro lado, pone en peligro un sistema contributivo cuyas prestaciones están ligadas a las previas cotizaciones y a los mercados de trabajo; efectos que tienen mayor incidencia en las minorías sociales.

---

[46] Sobre estas premisas, DE VEGA, "*Con inteligencia y astucia los ideólogos de la mundalización no se presentan como adversarios dispuestos a entrar en competencia con el sistema de valores y principios que históricamente definieron la realidad constitucional, sino que, a la inversa, al proclamar el – fin de las ideologías- (Bell) y con él – el fin de la historia- (FUKUYAMA), lo que pretenden es dar por buena y consagrar como eterna una realidad constitucional que el propio proceso de mundalización está aparatosamente aniquilando. El mantenimiento y la defensa de esa realidad fingida [y de la Constitución como fetiche mágico-mítico] será lo que, a la postre, permita ocultar el sistema de poderes efectivos que, actuando en el mercado mundial, se están transformando a pasos agigantados en la auténtica Constitución de todos los Estados",* DE VEGA, P., "Mundalización y Derecho Constitucional: crisis principio democrático en el constitucionalismo actual", *Op. cit.*, pág. 34. En RUIPÉREZ, JAVIER, "¿La Constitución en crisis?. El Estado Constitucional democrático y social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático", *Op.cit.*, pág. 140.

Los poderes públicos para evitarlo deben poner su interés en la creación de las mallas de la protección social, a la vez que al Estado de bienestar le corresponde una política certera de redistribución de la renta para mejorar las condiciones vitales, y evitar las consecuencias de las crisis cíclicas de producción y empleo que tienen efectos perversos en la situación social de las mujeres.

Las primeras en ser acosadas por las consecuencias de un liberalismo económico son las mujeres, y aquí debe señalarse que si bien todos los países son afectados por los resultados de la globalización, como ya indicamos, es evidente que los países menos boyantes económicamente, como es el caso de España, son los más aquejados por una huida de la industria, de capitales, y de empresas a países donde las condiciones de producción son más baratas a la par que los costes sociales se reducen. Es decir, apostando por una menor fiscalidad y menores gastos sociales, pero cuyas consecuencias afectarán gravemente a las mujeres menos privilegiadas económicamente y socialmente.

La responsabilidad estatal en la previsión social supone una implicación en los problemas de la ciudadanía, en la organización y gestión de los sistemas de protección, injerencia que no impide el respeto a la libertad individual, sino al contrario permite que la ciudadanía actué con igualdad y plena libertad sin verse condicionada por el poder económico. Sin embargo, si no se adoptan medidas, éste logrará manipular cómodamente al poder político, y mantener esta intención de rentabilidad económica utilizando como rehén a la estabilidad en el trabajo.

En efecto, estos hechos económicos son una redefinición de las funciones y, sobre todo, del poder del Estado al que se reclama una continuidad en sus funciones de redistribución de los recursos, pero ahora, el principio de solidaridad debe conjugarse con la competitividad que requieren los mercados en la globalización económica[47].

---

[47] Sobre este tema, MAESTRO BUELGA Y GARCÍA HERRERA, consideran que: "*Desde que Theodore Levitt propusiera en 1983 la palabra globalización para referirse a la paulatina homogenización de los mercados identificados por la circulación de los mismos productos, otras propuestas conceptuales, con posterioridad, se han referido a la articulación empresarial de forma que se sustituiría, la gestión centralizada de las multinacionales, por una utilización conjunta de la casa matriz y de las filiales de la innovación tecnológica*", MAESTRO BUELGA, GONZALO Y GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL, *Marginación, Estado Social y Prestaciones Autonómicas,* Madrid, Cedecs, Estudios Constitucionales y Políticos, 1999, pág.22.

La consideración en el Estado social del sistema de seguridad social no puede permitir que aduciendo falta de competitividad se ponga en duda la viabilidad financiera del mismo, y se reclame a los países una menor presión fiscal y menores gastos sociales. De ahí, la ineficacia de la unilateralidad de tales medidas y de tales políticas que pueden suponer un grave problema con la consolidación del temido "dumping social".

En efecto, las ciudadanas europeas son víctimas de una reyerta económica entre los diferentes mercados para atraer a los capitales de las empresas transnacionales, con daños sociales en contra de las mujeres. El mercado debe actuar, pero el Estado también, allí donde no llegue el mercado o cuando lo haga de forma irregular[48]. La actividad estatal debe exigir el cumplimiento de los presupuestos sociales constitucionalizados. En definitiva, debe actuar como la mano invisible que corrige la debacle que puede suponer una economía de mercado para los intereses y el bienestar de las mujeres.

El pacto entre lo social y lo económico reposa en el logro del respeto a la dignidad de las mujeres, porque lo contrario sería ahondar aún más en la desigualdad material a pesar de las declaraciones formales. El acceso al mercado dará a las mujeres capacidad económica y libertad de actuación, en conclusión, un estatus de ciudadanía. Por lo que es insoslayable, el papel importante que juega el Estado como pieza en este puzzle político de elevada controversia. En este marco es imposible no advertir que en la connivencia del capital y del trabajo es mayor su dificultad de concurrir de forma pacífica, y más fácil de quebrantarse el principio de igualdad de mujeres y hombres.

Precisamente al Estado le corresponde mediar para evitar dichos quebramientos, y garantizar su satisfacción y con ella el respeto a la dignidad de la persona que es vestíbulo para la satisfacción de necesidades en la esfera moral. Por eso, se deben implementar medidas para que la globalización no sólo se produzca desde la perspectiva económica, sino de mejora de las condiciones de trabajo y de vida con unas mujeres emancipadas, posibilitando su acceso a la educación, a la cultura y a los órganos de participación y poder. Las mujeres deben ser oídas y participar en las decisiones políticas, asimismo,

[48] Consúltese, DUGUIT, L., Traite de Droit Constitutionnel, *"Interesa poco que haya o no un derecho subjetivo del individuo, lo esencial es sentar que existe un deber objetivo del Estado"*, París, Boccard, 1925, pág. 632. Citado por, DE CASTRO CID BENITO, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, Op. cit*., pág.27.

lograr plantear y ser atendidas sus reivindicaciones sociales para alcanzar efectividad a su condición de ciudadanas de pleno derecho, y de esta forma, adquirir mayores cuotas de desarrollo socioeconómico en la sociedad internacional.

En resumen, desde la voluntad de lograr el señalado desarrollo y progreso económico y social se exige protección jurídica a los valores y principios constitucionales de las mujeres; haciendo sonar las alarmas al ser el colectivo de las trabajadoras el más afectado por la crisis económica, y por la globalización del mercado.

La reincorporación de políticas que se pensaban ya olvidadas de carácter liberalizador del comercio, e implicando al mercado como eje instrumentalizador de la distribución de recursos no son medidas que se muestren como el mejor cauce para el fin esencial de consolidar la equiparación legal y efectiva de las mujeres y los hombres, que envuelve la búsqueda de una igualdad en el acceso al mercado de trabajo, y a resultas, a la protección social que se deriva de esa actividad laboral de las trabajadoras.

1.2.2.2. La migración: aproximación al problema de las mujeres inmigrantes

La migración femenina supone el colectivo que más ha crecido en el último año. Es el grupo social más acosado por la flexibilización laboral, que es el presupuesto inicial de la globalización[49]. En Europa, las mujeres inmigrantes ostentan el triste récord de tener la triple tasa de paro que los hombres, su presencia es mayoritaria en la economía sumergida, se les considera idóneas para ser titulares de los denominados contratos a tiempo parcial, formativos y trabajo temporal, además, las mujeres son asignadas a los puestos de trabajo de categorías inferiores. En suma, las mujeres son víctimas de la precariedad laboral con inferiores condiciones sociales derivadas de su discriminación material en el mercado de trabajo.

[49] Los datos que reflejan que casi un 50% de la población emigrantes son mujeres, en el caso de mujeres filipinas o peruanas superan al número de los hombres. Se habla de más de 125 millones de personas que viven fuera de su país, procedentes principalmente de países pobres, mientras que hasta los años cincuenta los movimientos afectaban esencialmente a los países industrializados.

En esta medida, con este planteamiento se debe de suponer que las mujeres inmigrantes se van a encontrar con una dualidad en su situación de desigualdad económica y social. Dicho de otro modo, por una parte, se verán discriminadas por ser mujeres, y por otra parte, estarán en situación de desventaja por ser emigrantes.

Por lo demás, son cada vez más numerosas las mujeres que vienen a España por la ambición de una formación, sin embargo, no se puede desconocer que las mujeres inmigrantes tienen su causa de emigración en cuestiones políticas, sociales y principalmente, económicas como es la pobreza, las guerras, la violencia de género, además de la reagrupación familiar.

Este hecho se ve confirmado por las estadísticas que nos muestran que el 70% de las mujeres a nivel mundial viven por debajo del umbral de pobreza en todo el mundo, y el 35% trabaja en situación de economía sumergida. Además, acontecimientos como la globalización y catástrofes naturales hacen que grandes contingentes emigren entre las que se encuentra un gran número de mujeres desplazadas, que deciden emigrar con la esperanza de encontrar mejores oportunidades personales y profesionales, tanto para ellas como para sus familiares[50].

En el mundo occidental, aunque en los últimos momentos se ha incrementado el número de mujeres inmigrantes, los Estados siguen elaborando políticas de integración social al inmigrante que soslayan la situación de las mujeres, dejándolas al margen de un adecuado tratamiento a las diferencias que las mujeres emigrantes presentan con respecto de los hombres. De esta manera, las mujeres cuando llegan a España lo hacen en desamparo, puesto que no encajan en las medidas de integración establecidas de forma genérica sin consideración a la situación cultural y social de las emigrantes, a la par que se ven limitadas por sus tradiciones. De este modo, ambos aspectos confluyen en que la integración de las mujeres emigrantes no es efectiva, ni por supuesto fácil.

Asimismo, en España como en otros países de la Comunidad la situación en la que llegan las mujeres inmigrantes a España deja mucho que desear. Fácilmente envueltas en las mafias de la droga y

[50] Fuente: OIT, 2002.

la prostitución, o en el "mejor" de los casos para el desempeño clandestino de trabajos domésticos o actividades temporales sin protección jurídica, que tiene como consecuencias no poder reclamar ante los agentes públicos sus inferiores condiciones laborales y económicas. De esta forma, están alejadas del sistema legal de protección que sitúa a las mujeres en un total desamparo.

En este aspecto hemos de señalar que consideramos esencial para la igualdad de mujeres y hombres emigrantes la toma de decisiones por parte de las mujeres de forma libre. Todo ello acompañado de la incorporación de las mujeres al mundo laboral que tiene especial relevancia cuando se demanda su ejercicio para las mujeres emigrantes, porque desde esta perspectiva social se conseguirá que las propias mujeres rechacen y se enfrenten a las tradiciones discriminatorias y vejatorias en el trato a las mujeres.

La necesidad de una adecuada política en los países receptores pasa por la atención a las mujeres de forma particularizada teniendo en cuenta el déficit social y cultural que la historia sobre sus derechos les ha impuesto. Dicho de otro modo, es esencial la elaboración de proyectos y planes, medias de educación, de formación profesional y promoción de actividades económicas con el objeto de lograr que las mujeres adquieran los instrumentos para exigir la protección jurídica que el Estado constitucional dispensa, pero que de no contar con formación y capacidad de valorar su dignidad como personas no tendrán efectividad plena.

En el caso de España, la protección normativa se establece en la Ley orgánica 8/2000, de 22 de diciembre en la cual se reconoce los derechos sociales al emigrante de acuerdo a la legislación vigente, siempre que reúnan los requisitos establecidos de esta citada norma legal. En este mismo sentido, el artículo 10 de esta norma reconoce su derecho a ejercer la actividad por cuenta ajena o cuenta propia, así como el acceso al sistema de seguridad social de conformidad con la protección legal vigente[51]

En efecto, es importante la protección jurídica a los derechos de los emigrantes, pero es esencial que desde el Estado social se adopten medidas destinadas a la integración y formación de las mujeres

[51] ASENSI SABATER, JOSÉ, *Comentarios a la Ley de Extranjería: reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre*, Zaragoza, Edijus, Fundación Alternativa, 2001.

emigrantes en aras de que las mujeres tomen conciencia de sus derechos como personas, y en consecuencia exijan el respeto a su dignidad y el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, este tema no siempre es una cuestión sencilla, máxime, cuando las emigrantes tienen una valoración como mujeres, y una conciencia como ser humano que ha sido minada durante años y no se facilita su reconstrucción.

Al respecto, se hace preciso añadir la exigencia de planes internacionales de ayudas a los países de origen de la emigración para promover su desarrollo económico y social. No obstante, los países promotores de estas ayudas deberían ser más exigentes con su ejecución, y llevar a cabo un seguimiento en el cumplimiento de los objetivos de estos proyectos, y dentro de este control a estas ayudas económicas se debería exigir que la concesión se ligase a la democratización social de esos países. Sin embargo, frecuentemente se asiste a la prostitución de los poderes públicos y de la ley que consienten y vuelven la cara ante estas situaciones[52].

España ha sido un país exportador de mano de obra hasta la década de los setenta, y continúa siéndolo en determinados sectores. No obstante, actualmente, es un país mayoritariamente receptor de recursos humanos al ser considerada la puerta de Europa. En España, la inmigración femenina está teniendo una importancia que ha crecido en los últimos años, bien precediendo a otros familiares, bien con motivo de la agrupación familiar. Nuestro país se ha convertido en un lugar atrayente para los millones de mujeres que se acercan con la esperanza de encontrar una vida mejor, confluencia de emigración de distintos países que hace que España sirva de pasillo a Europa, aunque, también es en sí mismo atractivo para las mujeres de Hispanoamérica por compartir lengua.

En este orden de ideas, en España, el análisis de las estadísticas oficiales sobre inmigración permite advertir el perfil de las mujeres que emigran para huir de la miseria política o económica, o de ambas a la vez[53]. Así, el grupo mayoritario de mujeres emigrantes responde a mujeres entre los 20 a 29 años; la justificación sería que por su juventud deciden seguir a sus parejas en este acontecimiento, las

[52] A este respecto debe de consultarse las actas de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo, Egipto en septiembre de 1994.
[53] INE, publicada el 11 de diciembre del 2003. Fuente: Encuesta de migración 2002. www.ine.es

cuales, habitualmente, preceden al resto de la familia. Este hecho hace que inicialmente las mujeres lleguen a España en total dependencia económica, social y lingüística de sus maridos, sencillamente a causa de que los hombres han llegado en primer lugar, y han tenido más tiempo para adaptarse al país, pues al trabajar tienen mayores posibilidades de integración lingüística y social.

Por otra parte, las mujeres una vez que llegan a España deben de subsistir y para ello desempeñarán cualquier tipo de empleo. En este caso la tasa de los migrantes por edad, tasas de actividad y paro y sexo, muestra que la actividad masculina es superior a la femenina en más del 20%, y en algunos tramos esta diferencia alcanza más del 30%, en el tramo de los 20 a los 29 años, las diferencias son del 15%. Por lo tanto, el paro femenino casi duplica el masculino, siendo dramático el dato de paro en el tramo de mujeres entre 20 a 29 años, que es superior a la media en casi un 40%, fijándose en el 60,6%. Mientras en este tramo, los hombres tienen una tasa de desempleo del 19,3%; se debe recordar que en este tramo es el más numeroso las mujeres que inmigran a España.

Los datos muestran que cuando las mujeres trabajan, en España, deben de optar por la condición de asalariada del sector privado. En el caso de las mujeres en el comercio y hostelería registran un empleo cifrado en el 26,9%, y el empleo en otros servicios se registra en un 28,5% -se incluye el servicio doméstico-. Este sector es en el cual se registra la mayor presencia de ambos sexos, aunque es mayor el número de mujeres asalariadas que el de hombres. Por el contrario, los hombres tienen un mayor índice de trabajo por cuenta propia[54].

A este respecto, los datos del Consejo Económico Social, en el *II Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española,* muestra que de los extranjeros que entraron en España en 2002, a efectos de afiliación a la seguridad social se registran 917.117 personas, 327.996 eran mujeres, un tercio del total de extranjeros. De ellas, el 47,3% eran procedentes de Latinoamérica- en los últimos años se ha incrementado en un 68%-, de países del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo el 23,5%- se ha duplicado en el último trienio-, el 11,7 % procedentes del resto de Europa, y el 10,6% de África- solamente ha incrementado el número en un 25%, especialmente de origen marroquí-. Se

[54] INE. Fuente: Encuesta sobre la migración, 2003. www.ine.es

reconoce, que las personas de países pertenecientes al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tienen el acceso a un trabajo en España más fácil por serles más sencillo el acceso a la tarjeta de residencia[55].

Las mujeres extranjeras tienen una tasa de paro similar a la de las mujeres española, durante el año 2002 se registro una afiliación al sector servicios del 86%, - con la concesión de 42.000 permisos para trabajar en el sector servicios suponiendo el 62%, el 11% en hostelería -, y en agraria el 4%, 13% en la industria, y el 2% en la construcción[56].

En general a España, las mujeres migran de forma más permanente, condicionadas por el reparto de roles de su patria, por lo tanto, es necesario estudiar el perfil de la emigrante, pero, también el de la familia, el contexto que la rodea, y la interacción entre ella y la familia. Las mujeres emigrantes buscan ganar dinero que les permita una vida digna, además de poder obtener recursos para desde aquí apoyar a sus familiares.

Para concluir, es necesario un Estado respetuoso con la riqueza cultural, tradiciones, y valores religiosos para lograr la tan deseada integración y convivencia en paz. Teniendo en cuenta que la migración internacional es netamente tratada por la ley de forma no neutral y con un ocultismo de la migración femenina que provoca la carencia de una política activa de formación y empleo destinada a la integración de las mujeres[57].

---

[55] RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre la entrada y permisos en España de nacionales de Estados de miembros de la Unión Europea, y de otros Estados miembros de la Unión Europa parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europea; OM de 7 de febrero de 1997, por el que se regula la tarjeta de extranjero; Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra (Diario Oficial de la Comunidad Europea de 30 de abril de 2002).

[56] *Informe del CES*, de diciembre del 2003. Anuario de Estadísticas. INE: Encuesta de Población de Activa.

[57] Resolucion 49/165 de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptó una serie de medidas para aliviar los problemas de las mujeres migrantes trabajadoras. El párrafo 7 del preámbulo considera "la obligación moral de los países receptores o huéspedes de asegurar los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas dentro de sus fronteras, incluyendo a los trabajadores migrantes, y, en particular, a las mujeres migrantes trabajadoras, que son doblemente vulnerables por su género y por ser extranjeras". En el párrafo 5, recoge, "Invitación a los Estados concernidos, en especial a los Estados de envío y de recepción de las mujeres trabajadoras migrantes, a llevar a cabo consultas regulares con el propósito de identificar áreas de problemas en la promoción y la protección de las mujeres trabajadoras migrantes y en el aseguramiento de servicios de salud y sociales para ellas, adoptando medidas específicas para afrontar tales problemas (..) y, en general creando las

La interculturalidad no debe olvidarse es la riqueza de un país, profundiza y da sentido real a la democracia y a la tolerancia, y es motivo para que los derechos adquieran valores propios, y ello sin menospreciar la eventual riqueza económica que puede conllevar. El bagaje cultural de España exige medidas a este respecto, debiendo reconocer que las mujeres tienen un mayor interés de adaptación y de integración al ser punto de referencia para el resto de los miembros de la familia.

La incidencia de la migración en las mujeres en España hace responsable a la sociedad española de integrar socialmente a las mujeres emigrantes. Los poderes públicos deben tomar medidas contra las posturas y actitudes de discriminación social con un respeto a su cultura, pero en el marco del orden constitucional. Asimismo, ineludiblemente, se deben afrontar medidas para exigir el respeto a la voluntad de las mujeres para evitar que continúen sacrificadas por la voluntad masculina de su país de origen, y conseguir que se conviertan en ciudadanas de pleno derecho con capacidad de decisión propia y no impuesta.

De esta forma, sobre este tema debe de adoptarse una serie de medidas legales y judiciales para que protejan a las mujeres, pero debe de ser concebida como una responsabilidad de la Comunidad Internacional, porque, las mujeres tienen como ha señalado la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Pekín, 1995) mayores dificultades para ver reconocidos y garantizados sus derechos humanos y sociales. Por lo que como hemos indicado, esta situación se agrava cuando las referencias son a mujeres emigrantes que deben enfrentarse a las barreras sociales y económicas existentes contra el sexo femenino y, además de forma adicional combatir las discriminaciones existentes por ser emigrantes[58].

En conformidad a todo lo señalado en este acápite, hay una necesaria reforma social emergente para que los dos acontecimientos de mayor envergadura, como es la globalización y la migración, no

---

condiciones que alienten una *mayor armonía y tolerancia entre las mujeres trabajadoras migrantes y el resto de la sociedad en que residan".*
La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos, celebrada en Viena en 1993, expresa que: "*Los derechos humanos de las mujeres a través del ciclo vital constituyen una parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales*". Asimismo, "*Conviniendo que las mujeres en el reconocimiento de los derechos humanos se enfrentan a barreras adicionales debido a factores, como su raza, idioma, origen étnico, cultura, religión, incapacidades o clase socioeconómica, o bien, debido a que son indígenas y migrantes, e incluso cuando se trata de mujeres de trabajadores migrantes, desplazadas o refugiadas".*

sean determinantes, pero se admita que son condicionantes para dar futurabilidad al sistema de seguridad social. En esta medida, no se puede desconocer que las nuevas situaciones coyunturales reclaman previsiones, pero no más que las que puedan precisar el resto de las partidas presupuestarias estatales, tales como la destinada a defensa o a retribuciones gubernamentales, porque la calidad de vida es introducción anunciada en el preámbulo constitucional y no se debe entender agotada en meros compromisos formales[59]. Por lo tanto, tampoco es posible hablar de crisis del sistema de la seguridad social.

En suma, este tema se convierte en un reto para la sociedad del siglo XXI, y por esta razón, la necesidad de una reforma social, que entendemos nunca debe pasar por la subordinación a las reglas del mercado del derecho de la previsión social. De este modo, el Estado social, ni explícita ni implícitamente, puede ceder en el marco de la democracia social, debiendo de cohabitar como fines estatales del constitucionalismo social, tanto el desarrollo económico como la satisfacción de las necesidades sociales y humanas.

1.3. LOS DERECHOS SOCIALES Y LAS MUJERES

1.3.1. Consideraciones generales sobre los derechos sociales: protección social

Con la incorporación del constitucionalismo social desde los propios textos constitucionales se generan obligaciones sociales para la nueva fórmula política, que es el Estado social. Dicho de otro modo, la cláusula del Estado social delinea su sistema jurídico y político en la Constitución que recoge y delimita la declaración, la eficacia y la garantía que se otorga a los derechos sociales. De tal forma que, insoslayablemente, se constituyen en los fines de la acción estatal, el reconocimiento y la efectividad de aquellos derechos sociales prestacionales[60].

---

[59] Aspecto especificado por, DE CABO MARTÍN, *Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Social y Sobre el constitucionalismo del Estado social,* México, UNAM, México, 1997, pág. 288.

[60] Amplía esta cuestión COSSO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, *Estado social y derechos de prestación,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 170-185. En este sentido es de destacar lo señalado por, GARCÍA COTARELO, "*el Estado social tendrá un contenido variable que oscilará entre la garantía del mínimo prestacional que exige el fundamento material a que se refiere el artículo 9.2 CE, dentro de un orden socioeconómico dado, y la acción de los*

En palabras de CAMPILLO SANZ, la protección y garantía de los derechos sociales supone que corresponde a los individuos ser exigido su cumplimiento frente a los poderes públicos, para que se adopten medidas necesarias para que la sociedad pueda garantizar tener una vida digna a las personas que la integran[61]. Es decir, los derechos sociales en las normas constitucionales están fijados como un programa de objetivos para el Estado, por lo que las personas deben exigir a la sociedad que se les proporcionen recursos y actividades que les permitan la satisfacción de sus necesidades y les aseguren un orden social justo.

Las Constituciones modernas suelen enunciar los derechos sociales como derechos de toda la ciudadanía, que se implementan como principios normativos superiores del ordenamiento jurídico en conjunto. No obstante, de forma sustancial la efectividad de los derechos sociales tiene un carácter individual. Tal es el caso de las prestaciones sociales cuyos titulares son personas que afrontan situaciones o contingencias, que no las pueden subsanar individualmente de forma satisfactoria de acuerdo a los cánones establecidos por el nuevo orden social de la fórmula política, que es el actual Estado de derecho[62].

Esta concepción universalista de los derechos sociales supone superar su inicial carácter colectivo, fruto de su origen laboral como resultado de las reivindicaciones y tensiones sociales. Es decir, como resultado de la lucha de la clase social obrera por una mejora de sus condiciones de vida, que implicaba la mejora de sus condiciones en el ámbito laboral.

---

poderes públicos a favor de una transformación de la estructura socioeconómica por la vía de la socialización, que permitiría su realización a través de las facultades reconocidas al Estado en el artículo 38 y 131.1y 2 CE", GARCÍA COTARELO, J., autor de la voz " Estado social". En J.J. GONZALEZ ENCINAR (Dir.), *Diccionario del Sistema Político Español*, Madrid, Akal, 1984, págs. 271-273. Citado por, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *Op. cit.*, pág.79. En este mismo sentido se manifiesta PECES BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales I. Teoría General,* Eudema, Madrid, 1991, pág. 97.

[61] CAMPILLO SANZ, afirma que: "*los derechos sociales son el conjunto de exigencias que el hombre puede hacer valer frente al Estado y/o los entes públicos para que éste le proporcione los medios necesarios para conducir una existencia digna de su calidad de hombre",* CAMPILLO SANZ, J., *Derechos Fundamentales de la persona humana. Derechos sociales,* Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1995, pág. 47.

[62] *Se concreta por, peces barba, "El estatuto óptimo o ideal de los derechos sociales es el que tienen cuando se han constituido en derechos públicos subjetivos, meta a la que hay que tender y por la que hay que luchar, pero que, hasta ahora sólo ha sido conseguida de una manera muy parcial", peces barba, Libertad, poder, socialismo, Madrid, Civitas, 1982, págs. 206-208. Citado por, de castro cid, benito, Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos, León, Universidad de León, 1993, pág.78.*

Por esta misma causa, el inicial reconocimiento del sistema de protección social tiene su nacimiento en el marco del entorno del trabajo, como respuesta a las pretensiones de los obreros de una seguridad material. Dicho de otra forma, la previsión social surge para dar cobertura a las contingencias de este colectivo y de sus familiares. Tales reivindicaciones germinalmente son recogidas para que esta protección fuese dispensada desde estructuras privadas con parámetros de capitalización, que se irán canalizando a un sistema de seguros sociales, con ubicación de su reconocimiento y gestión en el ámbito de lo público.

Precisamente de acuerdo a lo expuesto, la protección social con su contenido constitucional da lugar a un catálogo de prestaciones y servicios destinados a proteger al individuo, y facilitarle los medios para poder alcanzar el bienestar desde la igualdad de oportunidades y resultados. A pesar de la importancia del orden laboral en la definición del derecho a la protección social, en la actualidad, se busca la argumentación jurídica del objetivo del bienestar general para la sociedad que se construye con los valores constitucionales, es decir, justicia, igualdad y la libertad como fines del ordenamiento jurídico y de su formalización social. En consecuencia, el derecho social a la seguridad social es un derecho universal, puesto que es un derecho de toda ciudadanía[63].

Por otra parte, no se puede dejar de atender al debate innegable sobre la concepción de los derechos sociales como derechos fundamentales, sin pretender acotar y recoger las distintas posturas académicas existentes al respecto, consideramos que debe destacarse la postura que señala GONZÁLEZ MORENO. Como asevera esta autora, los derechos sociales no tienen el estatus de derechos fundamentales dado que no pueden existir derechos fundamentales no vinculantes. En esta medida, los derechos sociales, y en concreto el derecho a la seguridad social no son exigibles judicialmente, ni los tribunales pueden imponer su ejecución, ya que tienen efectos financieros que supondrían que la política presupuestaria quedaría en manos del derecho constitucional.

[63] Ver la STC 80/1982, de 20 de diciembre de 1982.

Por consiguiente, siguiendo este postulado los derechos sociales no pueden existir sin su vinculatoriedad jurisdiccional, y por lo tanto, en este momento no cabe la posibilidad de otorgarles tal condición[64].

Cuestión distinta es la necesidad de la exigibilidad de los derechos sociales en el constitucionalismo europeo, dado que la única forma para que se vean con la seriedad que requieren es que alcancen el estatus de derechos fundamentales.

No obstante, no se puede dejar de mencionar el enfoque a este respecto defendido por PÉREZ LUÑO, " *Los derechos fundamentales dejan de ser meros límites a la actuación estatal para ser instrumentos de control jurídico de su actividad positiva, orientados a poder participar todos los individuos y grupos en el ejercicio de poder, lo que permite incluir no sólo derecho como la libertad sino también derechos económicos, sociales y culturales, tales como la vivienda, la educación, trabajo, cultura, pero debiendo evitar el exceso de intervencionismo estatal"*[65].

En esta misma línea se sitúa ALEXY, que califica a los derechos sociales como derechos fundamentales en razón de su importancia para la garantía de la libertad real en su relación a la satisfacción de un mínimo vital, porque en el caso contrario supondría dejar sin contenido al derecho a la libertad de forma fáctica[66].

De esta manera, considera FERRAJOLI, " *son derechos fundamentales todos aquellos "derechos subjetivos" que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derechos subjetivos cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por*

---

[64] Para el tema de este capítulo es imprescindible la obra de GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, *Op. cit*., pág. 146.
[65] PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Op.cit*., págs.48, 52-62,87-94,134-184,206-213.
[66] ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, (trad. de castellano de ERNESTO GARZÓN VÁLDES, del original alemán *Theorie der Grundrechte, Suhrka,p-Verlag*, 1986), pág. 495. Citado por, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Op. cit.,* pág. 146.

una norma; y por "status" la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas /o autor de los actos que son ejercicio de éstas " [67].

A lo descrito, se debe de añadir la referencia sobre la falta de una posición unánime en relación a la clasificación de los derechos sociales, siendo profusa la doctrina existente en la definición y naturaleza de los mismos y numerosas las categorizaciones realizadas al respecto. No obstante, hay consenso en considerar derecho social al derecho a la seguridad social, en cuanto a que con la nueva fórmula de Estado social se convierte en una exigencia la protección de las situaciones de necesidad.

En esta medida, el derecho a la seguridad social por la amplitud de su contenido, y exigencia en su desarrollo se debe plantear su formulación no sólo en el reconocimiento del derecho a prestaciones económicas de forma genérica, sino que también el mismo encuadrará su ejercicio y cumplimiento con una adecuada y justa normativa, que permita a las mujeres ser titulares de derechos prestacionales en términos de igualdad fáctica y legal.

Sobre este respecto, la clasificación de ABRAMOVICH Y COURTIS, permite aclarar este tema al establecer la distinción de tres tipos de obligaciones las responsabilidades del Estado social, *"Las obligaciones de respeto que suponen el deber del Estado de no injerir, obstaculizar o impedir el acceso o disfrute de los bienes, que forma parte del contenido del derecho. Obligaciones de protección que exigen al Estado la adopción de acciones para impedir que otros sujetos impidan, obstaculicen, dañen o amenacen la satisfacción de los derechos fundamentales, y por último, obligaciones de satisfacción que atribuyen al Estado el deber de garantizar que el sujeto titular de derechos acceda a los bienes que dan*

[67] En relación con este punto, FERRAJOLI, "*Ciertamente, la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y la distribución de recursos, es incompatible con la lógica del mercado, o al menos comporta límites a éste. Es igualmente cierto, que tomar en serio los derechos humanos proclamados a nivel internacional exige la puesta en discusión de nuestros niveles de expensas del resto del mundo. (...) Pero, entonces, digamos que los obstáculos son de naturaleza política, y que el desafío lanzado a las fuerzas democráticas es, precisamente por eso, político, y consiste, hoy más que nunca, en la lucha por los derechos y sus garantías. Lo que puede consentirse es la falacia realista de la reducción del derecho al hecho, y la determinista de la identificación de lo que acontece con lo que no puede dejar de acontecer*". (...), FERRAJOLI, LUIGI, *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2001, págs. 19, 51, 52.

contenido al derecho fundamental, teniendo en cuenta que éste por sus propios medios no puede lograrlo"[68].

Por esta misma causa, la fundamentación jurídica de los derechos sociales, y en especial del derecho a un sistema de seguridad social se debe realizar de forma unitaria y sistemática con los principios de la igualdad, libertad, y dignidad[69]. De esta manera, su reconocimiento y garantía supone la protección de estos tres principios ligados entre ellos, e inherentes a la propia condición de la persona y a su desarrollo en la realidad socioeconómica.

En resumen, el Estado social está vinculado al texto constitucional, que como norma jerárquicamente superior del sistema de fuentes del ordenamiento jurídico supondrá para la actuación estatal un obligado cumplimiento, tanto en el desarrollo legal de los derechos sociales como en la utilización de los principios económicos y sociales como criterios interpretativos de su actuación pública[70].

Así, los derechos sociales son reconocidos a toda la ciudadanía frente al individualismo en su satisfacción, de igual manera que se señala que son expresión de la obligatoriedad del Estado social para garantizar el bienestar general de la población. Su fuerza normativa surge de su consagración en la Carta Magna como principios definitorios del Estado social y democrático de derecho. Aunque, en cada ordenamiento jurídico esta protección y garantía se ha llevado a cabo de diferente forma.

1.3.2. Los derechos sociales en la constitución española

---

[68] Sobre este tema consultar, ABRAMOVICH, Y COURTIS, " *Las obligaciones de Estado pueden ser tanto positivas, tales como sirva de ejemplo la garantía de la salud y otras obligaciones, tales como, el registro de contratos o normas para regular el matrimonio, pero también hay otras obligaciones negativas tales como, el garantizar la sindicación, la huelga, el acceso a la educación, fijación del salario mínimo interprofesional, descansos, jornadas, fijación de requisitos para la libre asignación de créditos hipotecarios"*, ABRAMOVICH, VICTOR Y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002, págs.27-29-30-31-32.

[69] Para ampliar este tema, PÉREZ LUÑO, "*Los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos en el ámbito internacional y nacional (...),* PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución, Op.cit*., págs.48, 52-62, 87-94,134-184,206-213. Asimismo, véase G. BURDEAU, *Les libertès publiques,* París, L.G.D.J., (4ª edic.), 1972, pág.102.

[70] Véase, DE OTTO, IGNACIO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel, 1988.

1.3.2.1. Reflexiones sobre el constitucionalismo social en España

El precedente de los derechos sociales en España es formulado por primera vez en la Constitución de 1931, que no fueron considerados como derechos subjetivos, aunque sí fueron concretados como obligaciones del Estado. Al propio tiempo, su declaración no se acompañó de medidas contra las desigualdades sociales, circunstancia que conllevó una grave tensión social.

La Constitución española de 1978 positiviza el Estado social más allá de decisiones políticas, apreciando los objetivos sociales desde la participación y como algo más que la mera limitación del poder estatal. Convirtiéndose, sin duda, en la expresión de la respuesta a la conciencia social española que reclamaba una mejora de las condiciones de vida como premisa para hablar de la dignidad y desarrollo personal, que se proclama en el artículo constitucional décimo.

En efecto, con esta declaración constitucional del Estado social se recoge las obligaciones de los poderes públicos con respecto de los derechos sociales. Esta construcción será efectuada con una fórmula estatal que debe buscar la extensión a la sociedad de las mismas oportunidades socioeconómicas. Al mismo tiempo que constituir un sistema de protección social para alcanzar una existencia digna. No obstante, las dificultades de la garantía del derecho a la seguridad social devienen al tratarse de un reconocimiento constitucional que se ha realizado con un complicado mecanismo de protección, como tratamos a continuación.

En España, en primer término, se constitucionaliza en el artículo 1.1 la categoría social del Estado al declarar que, "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores a su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"[71].

[71] Esta fórmula inspirada en la Ley Fundamental de Bonn de 1949 en su artículo 20.1. Sobre este tema es de interés la polémica suscitada a este respecto entre PÉREZ LUÑO, ANTONIO y DÍAZ, ELÍAS, de tal manera que el primer autor mantiene que la Constitución Alemana es influencia directa en el artículo 1.1 de la Constitución española, en tanto el segundo autor considera que el Estado social en España es una premisa de la que se parte y la meta es el Estado democrático, mientras que en la Constitución Alemana la democracia es la antesala al Estado social, como Estado intervencionista y neocapitalista. PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de Derecho y*

De esta forma, el Estado social español tiene prescrito la vertiente social en su actuación no sólo como objetivo estatal, sino como principio rector de la política económica y social. Por ello, su compromiso para alcanzar la libertad y la igualdad de forma real y efectiva a través de la participación de la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social como así declara el artículo 9.2 de la Constitución española.

El Estado social y democrático de derecho es el principio y el fin del actual Estado, quedando legitimado para cambiar el orden económico y social español. El hilo conductor de esta nueva ordenación constitucional se desarrolla a través de la interpretación constitucional como producto de consenso, que pretende desde su consideración de norma suprema del sistema de fuentes del derecho orientar al resto del ordenamiento jurídico para alcanzar el progreso económico y el orden social.

En España se constitucionalizan los principios rectores de la política económica y social en el Capítulo III del Título I. En cuyo contenido, la Constitución impone a los poderes públicos la garantía y protección del orden económico y social. No obstante, se debe aducir que hasta que no se produzca su desarrollo legislativo no es posible su exigibilidad ante los tribunales, quedando definidos en pautas y criterios que señalan la actuación del poder público, pero que vacíos de contenido legal no son protegibles judicialmente hasta que no sean desarrollados normativamente.

De esta forma, este discutido reconocimiento se vio complicado en su efectividad jurídica. Así, de acuerdo al artículo 53.3, su exigibilidad ante los tribunales debe de ir precedida por un previo desarrollo legal. El artículo declara el reconocimiento, respeto y protección que debe de otorgarse a los principios de este capítulo; sin embargo, limita su eficacia inmediata a informar a la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de la totalidad de los poderes públicos[72.]

Constitución, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 231-237 y DÍAZ, ELÍAS, "El Estado democrático de derecho en la Constitución española de 1978", vol. S*ocialismo en España: el partido y el Estado*, Madrid, Mezquita, 1982.

[72] STC 45/1989 FJ4 "(...) *la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cado uno de esos principios por lo general se concreta"*, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales, Op. cit.,* pág. 57.

Esta técnica de aplicación de los derechos sociales que se recogen en el Título I capítulo III supone un retraso en su garantía, que en el caso de derechos prestacionales como es el derecho a la seguridad social supone una paralización de su aplicación motivada por decisiones políticas que conllevan la inactividad del poder legislativo. Además, se ve agravado su desarrollo al quedar mediatizado por la disponibilidad presupuestaria del momento.

Por consiguiente, la inconstitucionalidad por omisión debería ser especialmente significativa, porque la ausencia de desarrollo legislativo es determinante para que falle el grado de exigibilidad de estos derechos, y por ende, la eficacia en su protección judicial. Es decir, la inactividad legislativa determina su eficacia, ya que no existe potestad de los órganos constitucionales de obligar a los poderes públicos a que desarrollen acciones normativas.

En esta medida, los principios económicos y sociales deben de ser orientativos de esa actividad legislativa y "*promover la extensión de los supuestos de hecho sobre los que recaen las normas ya emanadas, determinando la inconstitucionalidad por omisión parcial de esa normativa*"[73].

En resumen, estas normas son calificadas "normas programáticas que se refieren a los fines políticos-sociales del ordenamiento, y, por tanto, a la finalidad de la acción normativa (Zagrebelsky)"74. A saber, estos principios rectores constitucionales del capítulo III son los fines socioeconómicos que deben de perseguir la acción normativa del Estado social, y por lo tanto, deben ser considerados más allá de meros límites a la actuación de los poderes públicos y privados. En esta medida, son principios que deben impregnar la totalidad de actuación de los agentes socioeconómicos.

Por otro lado, la falta de justiciabilidad por sí mismos de estos principios rectores no impide, que sean exigencias sociales controladas y tuteladas por la Constitución en relación a su carácter esencial para dar contenido al resto de los derechos y libertades.

---

[73] BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISO Y CÁMARA VILLAR, GREGORIO Y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO Y CANO BUESO, JUAN Y BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA Y RODRÍGUEZ, ÁNGEL, *Derecho Constitucional,* vol. I, 2 ª edic, Madrid, Tecnos, 2003, pág. 111.

[74] BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISO Y CÁMARA VILLAR, GREGORIO Y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO Y CANO BUESO, JUAN Y BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA Y RODRÍGUEZ, ÁNGEL, *Op.cit.,* pág. 111.

No obstante, la exigencia al Estado para que proceda a un desarrollo normativo y a la presencia de estos principios en el marco jurídico, hace necesario acudir a la interpretación del artículo 9.1 de la Carta Magna española que considera que la totalidad de los poderes públicos, incluidos el poder judicial y la Administración pública, quedan sometidos a la misma en su conjunto al ser considerada como norma suprema.

En este sentido, se ha pronunciado el TC en sentencia 8/1984 en el FJ 6 en cuanto a que apreció que los poderes públicos están sujetos a las Constituciones y tienen el deber de dar efectividad a sus derechos contenidos en las mismas.

En conclusión, la protección judicial constitucional en espera del desarrollo legal correspondiente se ha construido basándose en la defensa y protección de derechos y libertades; e igualmente del contenido constitucional en su conjunto por la exigencia del respecto por parte de los poderes públicos a los valores superiores del constitucionalismo, como es la libertad, la igualdad, justicia que son fundamentos de la paz social que exige el artículo 10 CE. Además, de ser los cimentos para que el individuo pueda alcanzar su dignidad como persona[75].

1.3.2.2. REFERENCIA A LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES DE LAS MUJERES

De esta forma, y como vemos en los capítulos posteriores ante la inactividad legislativa, la protección judicial del derecho a la seguridad social de las mujeres se ha debido proyectar en una interpretación conjunta del derecho a la igualdad material y formal, cuyos contenidos son recogidos por el artículo 9.2 CE y artículo 14 CE.

Es decir, las mujeres para garantizar judicialmente determinados derechos sociales, tales como el acceso al mercado de trabajo (artículo 35), el derecho a participar en los procesos de promoción profesional y derecho a igualdad en la retribución (artículo 40), o bien, el reconocimiento de la protección social (artículo 41) han debido encauzarlos a través de la demanda de amparo de la igualdad formal de

[75] PEREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución, Op. cit.*, pág.48.

mujeres y hombres de acuerdo al mencionado artículo 14 CE. Igualmente, la efectividad del derecho de protección social se ha reclamado acudiendo a otro principio rector como es la defensa de la familia, que está recogido en el artículo 39, en cuanto a que es indirectamente un llamamiento a la protección a las mujeres y a su relación con su descendencia.

Por todo lo señalado, este capítulo III de la Constitución española sólo alcanza plena eficacia su contenido cuando se produce la intervención legislativa, que hace que estos derechos sociales sean vinculantes y de obligatoria sujeción por parte de la actuación de los poderes públicos y privados. En consecuencia, el tc, hasta que se produzca el desarrollo normativo, podrá con sus resoluciones servir de orientación al poder legislativo interviniendo sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma aplicable a un caso concreto, haciendo una interpretación conjunta de la Constitución, y sirviéndose en sus argumentos de la protección a los derechos y libertades constitucionales.

Por otra parte, en la Carta magna española se presentan las mismas lagunas que en el resto de los textos constitucionales, es decir, ausencia de concreción del derecho de las mujeres a un tratamiento diferenciado en materia social, y como zona adyacente la ausencia de exigencias legales de su cumplimiento a los poderes públicos.

Los derechos individuales fueron insuficientemente protegidos y garantizados para las mujeres, línea que no se mejoró con la proclama constitucional de los derechos sociales. Es decir, el sustrato esencial del derecho a la seguridad social en el nivel contributivo se sitúa en el marco laboral, y como a las mujeres se les excluyó o al menos no se protegía adecuadamente su incorporación al mercado de trabajo, las consecuencias fueron que, también, se les margina del marco de algunos derechos sociales, y en especial del acceso al sistema de la previsión social.

En el caso de las mujeres junto a las dificultades generales de definición y garantía de los derechos sociales, igualmente, se ven afectadas por haber sido excluidas del tratamiento constitucional, que al menos desde la perspectiva formal les hubiera permitido reivindicar el ejercicio de la protección jurídica del contenido constitucional.

En efecto, en España, de forma selectiva, quedan las mujeres eliminadas de la conformación del contenido constitucional; situación que se produce al excluir a grupos que no son considerados grupos de poder con capacidad de presión, y al prescindir de aquellos grupos que no realizaban un trabajo formal. Todo ello es zona tangente a la ausencia en los órganos de poder de las mujeres, aspecto que hubiera servido para mantener una lucha por el reconocimiento particularizado de la cuestión femenina en los textos constitucionales.

La Constitución española debió dar un contenido particularizado a la cuestión femenina como así lo hizo con otros colectivos, como las relativas a la protección constitucional del artículo 48 a la juventud, o la dispensada en el artículo 49 a los discapacitados, o bien, la establecida en el artículo 50 con respecto a la tercera edad. Si bien, se justificó esta ausencia en aras de la minimización de la problemática legal y fáctica de las mujeres, cuya marginalidad social en la esfera empresarial y privada, más frecuente de lo deseado, contó con el beneplácito estatal mediante la eliminación o debilitación de todos los controles públicos. Dejándose a las mujeres y a sus derechos en manos de decisiones arbitrarias del poder económico y de las reglas del mercado, y como sujetos de una política no siempre proclive a la socialización de problemas de las mujeres.

La protección de los derechos sociales de las mujeres se inicia partiendo de la ausencia de los mismos en etapas precedentes. Las mujeres estaban atrapadas en una coyuntura social y económica, en la cual se les había limitado su presencia en el campo de las actividades domésticas que las mujeres prestaban de manera gratuita dentro de lo que se creía eran “las tareas propias de su sexo”. Estas actividades esenciales para la economía de las familias, y por ende, del país, no tenían el reconocimiento socioeconómico e impedían a las mujeres defender sus derechos de forma organizada. De ahí, su ausencia formal en el proceso de dar contenido al constitucionalismo social español.

En materia de seguridad social, los derechos eran derivados del varón, a las mujeres no se les permite o se les dificulta el acceso a derechos propios. Dicho de otro modo, no podían acceder a la condición de titulares de prestaciones y servicios con titularidad propia, sino de forma derivada de la dependencia obligada que tenían del varón.

Por último, las transformaciones socioeconómicas y jurídicas no han impedido que a las mujeres trabajadoras se les consideré socialmente culpables por su deseo de trabajar, censurándolas por su trabajo extradoméstico, porque socialmente se cree que el trabajo para las mujeres es un deseo y para el hombre una obligación. Las mujeres son habitualmente utilizadas como moneda de cambio por los distintos sectores económicos y políticos, y objeto de menoscabo de sus derechos.

Esta idea que perfectamente recogida por JULIANO, en su consideración de la existencia de una tendencia a culpar a las madres de todos los problemas que pueden tener sus hijos/as. En esta misma manera, esta autora muestra como KAPLAN constata que tradicionalmente la relación madre-hijo ha sido descrita como un semillero de perversiones potenciales, ya que hasta que hace muy poco la relación con el padre no se sometía a escrutinio[76].

A este respecto, se hace preciso atender en primer término al cumplimiento del derecho de las mujeres a la igualdad ante la ley y convertir la proscripción de la discriminación de género en la piedra angular de la protección jurídica de los derechos sociales. Tal objetivo demanda al Estado social una política activa cuyo principal contenido sea la adopción de medias para que las mujeres puedan sin ningún límite participar en la reasignación de los recursos.

Los derechos sociales en su mayoría, en el caso de la Constitución española, tienen la categoría de principios rectores de la política económica y social. Sin embargo, esta consideración no menoscaba el derecho de la sociedad española a tener una vida digna, con iguales oportunidades y posibilidades del ejercicio de la libertad formal y fáctica sin distinción de sexo.

No obstante, no se pueden calificar como derechos fundamentales al no ser vinculantes para el poder judicial hasta su desarrollo legal, aunque sí son controles jurídicos a la actuación de los poderes públicos y garantía de un mínimo socioeconómico exigible por la ciudadanía frente al Estado social.

---

[76] JULIANO, DOLORES, *Excluidas y marginales. Una aproximación antropológica,* Madrid, Cátedra, 2004, pág. 51, recoge las aportaciones de KAPLAN, L.J., *Perversiones femeninas. Las tentaciones de Emma Bovary,* Buenos Aires, Paidós, 2001, pág. 251.

De este mismo modo, los derechos sociales de las mujeres se fundamentan en la garantía de dar plena efectividad al derecho de libertad de las mujeres, para que este derecho pueda ser ejercido desde la igualdad con los hombres, a la vez que permita a las mujeres acceder a medios materiales que les garanticen una existencia digna.

Esta garantía es constitucionalizada, y por lo tanto, como mandato de una norma superior se muestra con carácter obligatorio su cumplimiento, tanto para el sector público como privado. Son sus derechos como ciudadanas, y deberes de una accionabilidad de índole social por parte de los poderes económicos, políticos y sociales que están emplazados desde la Constitución a su intervención positiva en favor de las mujeres como sujetos de derecho para hacerles partícipes del orden socioeconómico.

Esta necesidad de una atención específica a la cuestión femenina se hace ineludible ante el abandono de los problemas de las mujeres por parte de los derechos de la denominada primera generación[77]. Circunstancia que exige que en la actualidad se reconduzca el contenido de los derechos sociales a la satisfacción de las necesidades femeninas, para que éstas se hagan partícipes de la calidad de vida que promueve el Estado social. Si bien, este objetivo no ha sido en este momento alcanzado en su totalidad, puesto que no se ha podido mejorar su realidad social en el grado que se había esperado, dando lugar al quebramiento del optimismo social por parte de las mujeres[78].

En resumen, por todo lo descrito se puede afirmar, que la protección de los derechos sociales de las mujeres en el constitucionalismo social no se planteó al margen de la garantía jurídica de los derechos sociales de la población, salvo las excepciones que vemos en los capítulos siguientes sobre la protección de las mujeres durante el estado de gestación y tras el parto. Eso es, la situación de las mujeres y los derechos sociales no es expuesta de forma específica, sino como parte integrante del concepto de población sin atender a su especial problemática derivaba del tratamiento discriminatorio histórico que

[77] Léase, GREPPI, ANDREA, *La Formación del pensamiento político de NOBERTO BOBBIO*/Tesis doctoral elaborada por ANDREA GREPPI, Dirigida por EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento Político y Filosofía del Derecho, 1996.

[78] Referencia en, FOURIER, no duda en afirmar que la "Declaración del Hombre y del Ciudadano", es "*un insulto para los pobres, el asegurarles derecho de libertad autónoma, cuando ellos no piden más que el derecho de trabajar*": C.FOURIER, Oeuvres completes, 2 edit., 1841-1845, vol.II. pág.180. Según referencia de G.GURVITCH, *L'idee du dorit social*. Reimpresión de l'edition, París, 1932; Aalen, Scientia Verlag, 1972, págs. 314-323.

venían recibiendo por razón de su sexo. De ahí, la escasa información jurídica que existe sobre las mujeres y el constitucionalismo social.

Sin embargo, tal como vemos en este estudio, el propio devenir del Estado social le ha implementado como responsable de la garantía jurídica de la igualdad de las mujeres y los hombres. De tal manera, que incluso ante las insuficiencias de su reconocimiento formal ha hecho preciso la adopción de medidas estatales en aras de la defensa fáctica de los derechos sociales de las mujeres.

1.4. BRECHA ENTRE LA IGUALDAD JURÍDICA Y LA IGUALDAD DE FACTO. LAS MUJERES COMO CIUDADANAS DE SEGUNDA CATEGORÍA

1.4.1. Igualdad de mujeres y hombres ante la ley y en la ley como derecho fundamental

En la Constitución de 1978, la referencia a la igualdad de trato de mujeres y hombres ante la ley y en la ley se forja como derecho fundamental en el artículo 14 CE. Es decir, la igualdad de mujeres y hombres es un derecho fundamental configurado como derecho subjetivo de las mujeres a obtener un trato de igualdad en el contenido legal y en la propia aplicabilidad normativa. De esa manera, este precepto compromete la actuación de los poderes públicos a dispensar el mismo trato a las mujeres que a los hombres en el orden jurídico.

En esa medida, el artículo 14 CE con la declaración de la igualdad ante la ley o en aplicación de la ley implementa, desde la generalidad, el tratamiento jurídico que debe de otorgarse en la aplicación de una norma[79]. En palabras del TC, la igualdad jurídica o igualdad ante la ley "*significa que a los supuestos*

[79] STC 200/2001, de 4 de octubre de 2001, cuestión de inconstitucionalidad, núm. 2992/99, (FJ4), "*El Art.14 CE contiene en su primer inciso una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley, habiendo sido configurados estos principios generales de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos de obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso desproporcionadas. Como tiene declarado este Tribunal desde la STC 22/1981, de 2 de julio recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos en*

de hecho iguales deben serle aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados".

De esta forma, para que exista quebramiento del derecho constitucional del artículo 14 considera el TC, que debe un precepto aplicarse de forma distinta y sin fundamentación jurídica a supuestos iguales. En este sentido, "*el Tribunal Constitucional ha ido estableciendo unos requisitos a considerar para apreciar la existencia o no de desigualdad en la aplicación de la ley: a) que se trate de un mismo órgano judicial; b) que los supuestos de hecho sean idénticos; y c) que el cambio de criterio en la aplicación de la norma se base en una fundamentación suficiente y razonable"*[80].

---

relación con el Art.14 CEDH, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo, respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el Art.14, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia, entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues como regla general el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, en consecuencia, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir definidas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea aceptada constitucional la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida".

80 *STC 106/2003, de 2 de junio, "este Tribunal exige la concurrencia de una serie de requisitos para que pueda entenderse vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley reconocido en el artículo 14 CE: a) La acreditación de un tertium comparationis, ya que el juicio de la igualdad sólo puede realizarse sobre la comparación entre la Sentencia impugnada y las precedentes resoluciones del mismo órgano judicial que, en casos sustancialmente iguales, hayan sido resueltos de forma contradictoria (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 4/1995, de 6 de febrero, FJ 1; 55/1999, de 12 de abril, FJ 2; 62/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/1999, de 31 de mayo, FJ 2; 132/2001, de 7 de junio, FJ 2; y 238/2001, de 18 de diciembre, FJ 4, por todas). Los supuestos de hecho enjuiciados deben ser, así pues, sustancialmente iguales, "pues sólo si los casos son iguales entre sí se puede efectivamente pretender que la solución dada para uno debe ser igual a la del otro (STC 78/1984, de 9 de julio, FJ 3)" (STC 47/2003, de 3 de marzo, FJ 3, con cita de la STC 111/2001, de 7 de mayo, FJ 2). b) La existencia de alteridad en los supuestos contrastados, es decir, de "la referencia a otro" exigible en todo alegato de discriminación en la aplicación de la ley, excluyente de la comparación consigo mismo (SSTC 1/1997, de 13 de enero, FJ 2; 150/1997, de 29 de septiembre, FJ 2; 64/2000, de 13 de marzo, FJ 5; 162/2001, de 5 de julio, FJ* 2; 229/2001, de 26 de noviembre, FJ 2; 74/2002, de 8 de abril, FJ 3; y 111/2002, de 6 de mayo, FJ 2).c) La identidad

Con el Texto Constitucional español, este derecho fundamental de igualdad ante la ley permite a este tenor hablar de la igualdad constitucionalizada en materia social[81]. De esta manera, este derecho ha servido de justificación a la jurisprudencia constitucional para que las mujeres puedan tener garantizados sus derechos sociales. Especialmente, este derecho fundamental ha servido para la protección constitucional en el ámbito laboral, es decir, las mujeres que han visto menoscabos sus derechos en el mercado de trabajo, en relación con el contenido de los artículos 35 y 40, se les ha dispensado por parte del TC protección constitucional amparándose en el derecho fundamental del artículo 14.

Asimismo, ha sido argumento para obtener el amparo constitucional en los supuestos en que las mujeres son objeto de discriminación en los requisitos y condiciones que determinan el acceso al sistema de la seguridad social, y en el contenido de las prestaciones sociales. En relación con estas

---

de órgano judicial, entendiendo por tal, no sólo la identidad de Sala, sino también la de Sección, al considerarse éstas como órganos jurisdiccionales con entidad diferenciada suficiente para desvirtuar una supuesta desigualdad en la aplicación judicial de la ley (SSTC 134/1991, de 17 de junio, FJ 2; 245/1994, de 15 de septiembre, FJ 3; 32/1999, de 22 de abril, FJ 4; 102/2000, de 10 de abril, FJ 2; y 122/2001, de 4 de junio, FJ 5, entre otras). Esta exigencia, identidad del órgano que resuelve (SSTC 119/1994, de 25 de abril, FJ2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5), permite valorar si la divergencia de criterio expresada por el juzgador es fruto de la libertad de apreciación del órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (art. 117.3 CE) y consecuencia de una diferente ponderación jurídica de los supuestos sometidos a su decisión, o un cambio de valoración del caso puramente arbitrario, carente de fundamentación suficiente y razonable (SSTC 49/1982, de 14 de julio, FJ 2;181/1987, de 13 de noviembre; 285/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 46/1996, de 25 de marzo, FJ 5), es decir, en expresión popular, la utilización por el mismo órgano judicial de una doble vara de medir (STC 152/2002, de 15 de julio, FJ 2). d) La ausencia de toda motivación que justifique en términos generalizables el cambio de criterio, bien lo sea para separarse de una línea doctrinal previa y consolidada, esto es, de un previo criterio aplicativo consolidado (por todas, SSTC 122/2001, de 4 de junio, FJ 2; 193/2001, de 1 de octubre, FJ 3), bien lo sea con quiebra de un antecedente inmediato en el tiempo y exactamente igual desde la perspectiva jurídica con la que se enjuició (SSTC 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 152/2002, de 15 de julio, FJ 2; 210/2002, de 11 de noviembre, FJ 3), y ello, a fin de excluir la arbitrariedad o la inadvertencia (SSTC 266/1994, de 3 de octubre, FJ 3; 47/1995, de 14 de febrero, FJ 3; 25/1999, de 8 de marzo, FJ 5; 75/2000, de 27 de marzo, FJ 2; 193/2001, de 14 de febrero, FJ 3). Y ello porque el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta ad personam, singularizada (por todas, STC 111/2002, 6 mayo, FJ 6). En suma, "lo que invariablemente hemos exigido en tales supuestos es que un mismo órgano no modifique arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales" (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, y 25/1999, de 8 de marzo)".

81 Consúltese, martínez abascal, "El principio de igualdad laboral entre hombre y mujer, no es sino una especificación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, previsto en el artículo 14 de la Norma Fundamental", martínez abascal, v. a., "La discriminación salarial por razón de sexo", RL, 1989, T.II., pág.248.

consideraciones, no podemos obviar que el sistema de seguridad social español es esencialmente contributivo, esto es, que para integrarse en su campo de aplicación y ser perceptor de una prestación social es necesario ser primeramente trabajador/a. En este orden, la protección del derecho a la seguridad social vendrá determinada por la protección y garantía de la igualdad de las mujeres en el trato que reciben en el mercado de trabajo, tanto en el acceso como en la permanencia o salida del mismo.

De esta forma, en palabras de FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ Y AGRA VIFORCOS, *"el Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ha quedado como una rama del Derecho que responde a "una visión distinta de la igualdad, a una búsqueda de la igualdad real mediante instrumentos de intervención pública y colectiva".* Por lo tanto, nos permite afirmar que la protección del derecho a la igualdad de mujeres y hombres en el mercado de trabajo debe ser considerado en cuanto que *"la igualdad debe presidir las relaciones de trabajo desde su constitución hasta su extinción"*[82].

Por otra parte, al colectivo de las mujeres les precede una desventaja histórica socioeconómica que persiste en la actualidad, por tal causa, dar eficacia a la igualdad ante la ley legítima las eventuales diferenciaciones en su aplicación. Es decir, las denominadas por el TC "*leyes de caso único*" no infringen el derecho a la igualdad de mujeres y hombres cuando desde su justificación, objetividad y racionalidad se considera que son de aplicación a un supuesto concreto, puesto que de lo contrario, de aplicar la norma universalista no se garantizaría la efectividad de la igualdad de mujeres y hombres[83].

En esta misma línea, como señala el citado Informe, el TC recoge la doctrina del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS y señala con relación al artículo 14 CE que las diferencias en la aplicación de una norma legal no suponen otorgar un tratamiento normativo igual a todas las situaciones, sino que sólo se estará en presencia de infracción constitucional cuando esa diferencia le falte justificación y racionabilidad. De ese modo, es licita esa diferencia cuando, "*las consecuencias jurídicas*

[82] Ver la obra, FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y AGRA VIFORCOS, B., "Maternidad y Derecho del Trabajo y Seguridad Social: ¿Discriminación, protección o razón?", *Revista General del Derecho,* núm. 644, 1998, págs. 5815 y ss. En RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras, Op. cit*., pág.26.
[83] STC 166/1986, de 19 de diciembre.

que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos"[84].

Por otro lado, la segunda consideración del artículo 14 CE exige que el derecho a la igualdad de sexos se plantee, también, en el marco del contenido legal. De esta manera, situaciones iguales deben ser reguladas de forma igual por el ordenamiento jurídico.

A este respecto, se debe hace referencia a la igualdad como valor supremo del constitucionalismo español, en tanto que como principio fundamental impregnará la totalidad de la actuación estatal a fin alcanzar el orden social, desde la perspectiva de la justicia y la integración. Por consiguiente, el ordenamiento en su conjunto debe buscar la igualdad de la ciudadanía femenina como un estatus social, donde las mujeres sean ciudadanas de pleno derecho. Por ello, la responsabilidad de los poderes públicos en el desarrollo efectivo del catálogo de los derechos sociales de las mujeres.

La actuación pública debe implementar una política de igualdad desde la concepción de la igualdad de mujeres y hombres como valor constitucionalizado en el artículo 1.1, y a tal efecto, determinado con el objetivo de superar el trato desigual entre las mujeres y los hombres. Asimismo, la intervención estatal actuará con el fin de eliminar los contenidos jurídicos discriminatorios para las mujeres, que se sustentaban en las diferencias resultantes de los tradicionales estereotipos sexuales y de las lógicas diferencias biológicas existentes entre los sexos.

En esta línea, el reclamo de la igualdad de mujeres y hombres en la actuación de los poderes públicos debe ser interpretado en el marco internacional con los tratados o convenios que vinculan al ordenamiento jurídico español en relación del artículo 96 CE. Incluso, con aquellos acuerdos internacionales que sin obligatoriedad jurídica suponen para el Estado español una responsabilidad moral a este respecto.

---

84 Consúltese STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 1. En el mismo sentido SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 2/1983, de 24 de enero, FJ 4; 23/1984, de 20 de febrero, FJ 6; 209/1987, de 22 de diciembre, FJ 3; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 110/1993, de 25 de marzo, FJ 6; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8, y 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4, entre otras.

El tema de la igualdad de sexos ha estado presente en diferentes foros y conferencias internacionales, pero es de destacar la Conferencia de Beijing en septiembre de 1995. En la misma se plasma la búsqueda de la igualdad de las mujeres con los hombres como premisa para la efectividad de los derechos humanos de las mujeres[85].

Desde esta base se pretendía que los Estados participantes promoviesen acciones para la eliminación de todo tipo discriminación existente en sus respectivos ordenamientos jurídicos, a la par que se suscitaba la necesidad de la adopción de medidas para que las mujeres accedieran a la titularidad de una efectiva igualdad de de mujeres y hombres, tanto legal como fáctica. Esta acción estatal se debía implementar con medidas transitorias y extraordinarias que permitiesen a las mujeres disfrutar de sus derechos en toda su extensión.

En conclusión, la constitucionalidad del derecho a la igualdad de trato de las mujeres y los hombres supone que este derecho debe estar presente, tanto en el contenido de la norma como en su aplicabilidad. En consecuencia, ante supuestos de hecho iguales el tratamiento que debe de otorgarse debe ser también en términos de igualdad. Si bien, se reconoce por la jurisdicción constitucional que ante determinados supuestos cabe diferente tratamiento jurídico, siempre que se justifique desde su razonabilidad; como es el caso de la diferenciación en el tratamiento jurídico precisada por las mujeres debido a que su situación de origen no es idéntica a la de los hombres, pues las mujeres han sido víctimas de una tradicional discriminación social y económica, porque de lo contrario, una aplicación generalizada de la normativa conllevaría una discriminación real para las mujeres.

1.4.2. Tratamiento jurídico frente a las desigualdades de género

[85] El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer está formado por 23 personas expertas, elegidas por votación secreta entre una lista de personas de alta consideración moral y competencia en el ámbito de la Convención propuestas por los Estados miembros diferencia de otros Comités de Derechos Humanos. Predominan las mujeres, con experiencia en la igualdad de derechos y oportunidades, habiendo participado en actividades feministas en algún momento de su vida, provenientes de diversas profesiones, abogadas, economistas, sociólogas, docentes y diplomáticas.

Con relación al concepto de desigualdad fáctica, aunque el tema de la igualdad de mujeres y hombres en la Unión Europea lo abordamos en el capítulo III de este trabajo, debemos acudir a la Directiva 2002/73/CE para examinar dos conceptos que son esenciales en este acápite. Esto es, por un lado, qué debemos de entender por desigualdad directa, y por otro lado, qué debe de ser calificada como desigualdad indirecta. Así, la calificación de desigualdad directa supondrá la discriminación de las mujeres que por razón de sexo queden posicionadas en desventaja. Mientras que discriminación indirecta será consecuencia de la aplicación de una norma que aparentemente neutra se traduce en desventaja y discriminación para las mujeres[86].

En España, estos términos habían sido ya definidos por el TC. Así, la discriminación directa se calificada como aquella situación que ante condiciones sustancialmente iguales reciben un trato discriminatorio, pero justificado, únicamente, en razón de su sexo. Asimismo, se consideraba de carácter indirecto la discriminación cuando la normativa con criterios neutros tiene una eficacia distorsionante y produce efectos negativos en la realidad de los derechos de las mujeres. Es decir, el contenido de la norma no determina discriminación para las mujeres, pero es su aplicabilidad la que les supone un trato desfavorable[87]. En este sentido, el TC estima que no hay desigualdad indirecta "*si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14 CE"*[88].

En este mismo orden de ideas señala FERNÁNDEZ LÓPEZ, que para identificar una situación de desigualdad se considerará en los casos que la normativa otorgue distintos tratamientos a situaciones sustancialmente iguales, y que únicamente reciban un trato diferente justificado en el sexo. Del mismo

---

[86] Artículo 2 define como discriminación directa aquella "*situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que la otra en situación comparable por razón de sexo"(...) "la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas de otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios".*

[87] STC 190/1988, de 17 de octubre, STC 145/1991, de 1 de julio, STC de 183/1991, de 30 de septiembre, STC 286/1994, de 27 de octubre consideran que *"se deben tratar de cuestiones o supuestos substancialmente idénticos, de casos exactamente iguales desde la perspectiva jurídica con la que se les enjuició*". Concreta, la STC 25/1999, de 8 de marzo y la STC 59/2000, de 2 de marzo.

[88] STC 286/1994, de 27 de octubre.

modo, se calificará como desigualdad en el caso de situaciones en las cuales la eficacia normativa, aparentemente neutra, suponga una situación gravosa para las mujeres[89].

En consonancia con lo expuesto, se hace preciso un análisis de la actuación del tc en materia de igualdad de trato de las mujeres y los hombres. A este respecto dos consideraciones, por un lado, la jurisdicción constitucional se ha articulado en situaciones y casos concretos con el reconocimiento de derechos de forma individualizada, así como la eliminación del ordenamiento jurídico de normativa inconstitucional de carácter discriminatorio. Por otro lado, estas resoluciones de la jurisdicción constitucional han supuesto la guía para el posterior cambio legislativo, pues han sido orientaciones y criterios interpretativos en la elaboración y aprobación la normativa social.

Sin pretender entrar en el debate existente al respecto, sí se debe hacer referencia en cuanto que estos aportes jurisdiccionales del tc han sido objeto de crítica por algún sector académico, pues se ha considerado que el órgano constitucional ha invadido el marco competencial del poder legislativo[90].

En efecto, el constitucionalismo normativo español, ciertamente, no ha dado una respuesta rápida y efectiva a las situaciones de discriminación que sufrían las mujeres, manteniéndose la separación entre lo dispuesto por el texto constitucional y la realidad femenina. Por ello, las mujeres, como única vía para estrechar esa diferencia, tuvieron para la defensa de sus derechos que reclamar el amparo constitucional, puesto que las reformas legislativas han ido a la zaga de las resoluciones del propio tc.

En este sentido, indudablemente, no debe de considerarse la forma habitual de constitucionalizar la realidad social, ni modificar la normativa sobre el sistema de seguridad social. Sin embargo, no debe de

---

[89] FERNÁNDEZ LÓPEZ, considera que: "(...) *Es menester profundizar en la naturaleza de esas situaciones analizadas prescindiendo de la calificación que las normas aplicables puedan darles, y de esta profundización se deducirá la calificación de una situación como discriminatoria cuando: 1) las normas aplicables traten abiertamente de forma distinta situaciones que esencialmente son iguales; 2) las normas aplicables incidan de manera desproporcionadamente gravosa sobre un colectivo de trabajadores y no sobre otro, en atención únicamente al facto diferencial prohibido o a característica vinculadas a él de forma necesaria*", FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., "La discriminación en la jurisprudencia constitucional", *RL*, núms. 3-4, 1993, pág. 24. En RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras, Op. cit.,* pág. 56.

[90] REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España*, *Op.cit..* Así como, la obra del mismo autor, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Op. cit.*

excluirse la intervención del tc en la protección individual del contenido constitucional, y desde la misma servir de orientación al poder normativo como adelantado del sistema constitucional a la vanguardia de la realidad y de las necesidades sociales[91].

El tc ha resuelto pretendiendo que las mujeres ocupasen su puesto en el mercado de trabajo sin limitaciones y en igualdad de condiciones con sus compañeros de trabajo, dando lugar a lo que se ha denominado por Rey Martínez, como "jurisprudencia equiparadora"92. Con ella se ha tratado de corregir el pecado histórico contra las mujeres, que habían visto limitado su trabajo fuera del hogar, o bien, en el caso de permitir a las mujeres trabajar fuera de la economía doméstica era para hacerlo en inferioridad de condiciones laborales. Estas situaciones se reflejaban en el ejercicio del derecho al sistema de la seguridad social y en la percepción de las correspondientes prestaciones sociales.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha buscado el resarcimiento de las situaciones de desigualdad que sufrían las mujeres, y que el citado autor denomina como "jurisprudencia compensadora" [93]. El TC pretendió la igualdad de sexos frente a los argumentos de la discriminación social que sufrían las mujeres por su sexo o por su estado civil. Al mismo tiempo que se demandaba la necesidad de medidas reales de protección de los derechos de las mujeres, a la par que se debió de inconstitucionalizar las disposiciones normativas que aparentemente proteccionistas incidían negativamente en la garantía de sus derechos sociales.

En este mismo contexto, la acción jurisdiccional del constitucional se plantea al objeto de la eliminación de conceptos masculinizados a efectos de acceder a prestaciones sociales, tales como el concepto de "cabeza de familia" asignado únicamente al varón, salvo en el caso de su fallecimiento.

---

[91] Para ampliar este tema es imprescindible consultar la obra de HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, capítulo cuarto, *Proceso constituyente. Modificación e interpretación de la Constitución. Jurisdicción constitucional*, (1ª Reimp.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001, 2004. www.bibliojurídica.org/libros/libro.htm?l=14. En este mismo sentido, BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISO Y CÁMARA VILLAR, GREGORIO Y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO Y CANO BUESO, JUAN Y BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA Y RODRÍGUEZ, ÁNGEL, *Derecho Constitucional, Op. cit.*, pág. 227.

[92]Sobre este punto de partida, REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España*, *Op.cit.,* pág.10.

[93] STC de 207/87, de 22 de diciembre. www.tribunalconstitucional.es

Sirve para dar cuenta, la STC 241/88, de 19 de diciembre que consideró que tales concepciones eran discriminatorias para las mujeres en cuanto a la regulación que hacía la Ley de 19 de junio 1971 de la normalización de la protección de las familias numerosas. En ella se reservaba la titularidad del cabeza de familia, únicamente, al padre, y solamente en su defecto a la madre[94]. Con ello se revela que las mujeres por ellas mismas no podían acceder a las prestaciones sociales, asumiendo la función de paladín de la familia, el varón. En definitiva, medidas y políticas que pretendían negar la condición de sujetos de derecho a las mujeres.

De tal manera, que los poderes públicos han tratado de eliminar los quebrantos sociales y la desigualdad de trato a través de una estrategia de compensación que no siempre ha tenido los efectos deseados; en cuanto a que en ocasiones se ha incurrido en un trato paternalista que ha situado en desventaja y subordinación a las mujeres frente al empresario/a, y ha instigado a difundir la creencia de la inferioridad laboral de las mujeres, a la vez que ha servido para construir la idea de la necesidad de una protección a las mujeres que es instaurada sobre la prejuiciosa concepción de su capacidad física e independencia femenina.

Es decir, estas ayudas establecidas en la etapa de la dictadura, falsamente, se construyeron en beneficio de los intereses de las mujeres, pero pronto se destaparon como instrumento que ponía en tela de juicio los deseos de las mujeres de trabajar, y su capacidad para su desenvolvimiento profesional, además de sembrar y abonar las dudas sobre su capacidad de decisión de forma libre.

En esta línea, la emblemática sentencia del stc 128/87, de 16 de julio supone un triunfo, puesto que por primera vez, de forma clara se considera que es insoslayable un cambio de los papeles sociales asignados a las mujeres. De modo que se precisa de la necesidad de superar el planteamiento meramente formalista de igualdad, que en la realidad marginaba a las mujeres al desconoce las situaciones y prácticas que excluían socialmente a las trabajadoras. Por tanto, la jurisdicción constitucional consideró que es una obligación estatal el respeto a la igualdad entre los sexos, y que responde al mandato constitucional del artículo 9.2 y del artículo14 CE. Esta sentencia justificó el trato

[94] Referente al tema, REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Op. cit.,* pág.14.

desigual por ser razonable y objetivo debido a la marginación socioeconómica que las mujeres habían sufrido y que continuaban teniendo una posición de desventaja frente al colectivo de los hombres.

Tal y como afirmamos, el respeto a los derechos sociales de las mujeres y a su deseo de trabajar debe de ser abordado desde la necesidad de la parificación entre las mujeres y hombres en el marco conceptual de ciudadanía social, que pretende ir más allá del mero concepto formal de igualdad de genero. Así, con esta sentencia se abre una nueva etapa en la jurisprudencia constitucional que se propone diferenciar legalmente la situación de las mujeres para que desde la misma se logre eliminar las situaciones de discriminación y alcanzar la igualdad real.

Cuestión que se corresponde a lo referido por MARTÍN VIDA, " *se desprende que el mandato de no discriminación obliga a "una valoración no neutra y simétrica de las normas que introducen diferencias de trato entre hombres y mujeres, pues hay que tener en cuenta la situación real de marginación en que los miembros del colectivo femenino han vivido a lo largo de la Historia (...) La discriminación padecida por las mujeres (...) y las sutiles desventajas a que tienen que enfrentarse cada día en todos los terrenos por poseer un rasgo definitorio de su identidad del que no son en absoluto responsables y que es valioso en sí mismo, constituyen un atentado frontal contra los que la Constitución proclama en su artículo 10 como "fundamentos del orden político y de la paz social" (la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad) y un obstáculo decisivo al disfrute pleno por parte de tales sujetos de los derechos fundamentales que tienen constitucionalmente reconocidos (...). La igual dignidad de todos los seres humanos y la igualdad en general son las dimensiones básicas sobre las que se asienta la vida de la colectividad y de los individuos que la componen (...)"*[95].

En suma, la desventaja histórica de la que parten las mujeres hace necesario que el Texto constitucional discipline medidas de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres implementadas desde la diferencia y no desde la uniformidad; puesto que los hombres y las mujeres no han tenido idéntico tratamiento social, ni tampoco legal. Por ello, la necesidad de que estas medidas estatales otorguen protección a las trabajadoras. Sin embargo, como se ha citado y teniendo en cuenta

[95] MARTÍN VIDA, M.A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva,* Madrid, Civitas, 2003, págs. 124-125.

experiencias anteriores se debe eludir aquellas medidas ilusoriamente protectoras de los derechos de las mujeres que figuradamente protegen los intereses de las trabajadoras, pero que en realidad se convierten en una penalización a la inserción laboral de las mujeres.

El apoyo constitucional a la adopción de instrumentos normativos se debe de buscar en el propio artículo 9.2 CE. Este precepto legitima estas medidas en orden a la necesidad de garantizar la libertad y la igualdad de forma real y efectiva, por lo que será la base para una protección jurídica en orden a la garantía y eficacia de la igualdad material.

No obstante, ambos preceptos constitucionales deben servir de sustentadores para la actuación del legislador, pero, también en el mandato de crear una política de principios rectores del bienestar económico y social que anegue todas las parcelas públicas y privadas, en cuanto a que son principios y derechos fundamentales del Estado social y democrático de Derecho[96]. De esta manera, el artículo 14 CE debe de interpretarse con otros preceptos constitucionales, especialmente con el artículo 9.2 CE, pues como ha destacado el TC, "*las prohibiciones de discriminación (...) imponen como fin, y generalmente como medio, la parificación de trato legal*"[97].

Así, dentro del concepto de derecho fundamental de la igualdad de mujeres y hombres, y con específica referencia al marco social se considera admitida constitucionalmente la posibilidad de la diferencia de trato cuando ésta sea objetiva y razonable. De esta forma, se da legitimidad a las diferencias en el tratamiento legal siempre que estén construidas desde la coherencia y racionabilidad. De acuerdo con este precepto quedaría justificada su aprobación por la búsqueda de la igualdad de oportunidades y de resultados. Sin embargo, su formulación se debe realizar desde la neutralidad en los criterios definitorios de la política de no discriminación[98].

---

[96] Sobre este aspecto se debe de examinar STC 114/83, de 6 de diciembre y STC 19/89.
[97] Ver STC 126/1997, de 3 de julio.
[98] Sobre estas premisas, RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO FERRER, "Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación laboral", *RL*. núm.22, 1995, pág. 5. En RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002, pág. 58.

En esta misma línea, RODRÍGUEZ PIÑERO, aduce la necesidad de proclamar la igualdad en la ley y ante la ley, e igualmente de la necesidad de plantear una segunda vía en el requerimiento de medidas, que permitan facilitar la incorporación social de las mujeres. Es decir, que al amparo de la jurisdicción constitucional y reconociendo la influencia del contexto europeo se considera que es preciso la protección de la igualdad en la ley, pero, también se hace preciso a determinadas situaciones otorgar un trato diferenciado siempre que se garantice su proporcionalidad y esté debidamente justificado tal tratamiento[99].

Esta necesidad de diferenciación normativa ya había sido anunciada por la Ley 145/1991, de 1 de julio, que consideró que era constitucional una norma que estableciese un trato diferenciado, siempre que fuese razonado y justificado[100]. Pero, señalando su posición en contra de las medidas normativas que a resultas de ser formalmente neutras no impiden que su aplicación conllevase efectos perniciosos para las trabajadoras atentando contra sus derechos sociales[101].

---

[99] RODRÍGUEZ PIÑERO, afirma que: "*...nuestro Tribunal Constitucional, influido por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hizo inicialmente una lectura unitaria del artículo 14 CE, entendiendo que el mismo consagraba no sólo la tradicional igualdad ante la ley, sino también la igualdad en la ley (además de la igualdad en la aplicación de la ley), y considerando como contrarios al mandato constitucional, por desiguales, las diferencias injustificadas y arbitrarias de trato, a las que precisamente denominara como diferencias discriminatorias. Haciéndose eco no expresamente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, el Tribunal Constitucional entiende que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, sino sólo aquella que carezca de una justificación objetiva y razonable, en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida (STC 22/81 FJ 3). (...) la equiparación de la discriminación a toda diferencia artificiosa o arbitraria entre situaciones de hecho equiparables, tiene como indudable ventaja la notable ampliación del juego de principio de igualdad de los españoles ante la ley. Sin embargo, supone considerar el segundo inciso del artículo 14 CE como una mera consecuencia ejemplificativa de la prohibición genérica de discriminación (como igual a desigualdad arbitraria de trato). Ello va a facilitar una cierta neutralización inicial del significado de la prohibición constitucional de discriminación entre sexos",* RODRÍGUEZ PIÑERO, M., "Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre la discriminación laboral por razón de sexo", *Revista Emakunde*, Instituto de la Mujer Vasco, abril, 1993, pág. 27.

[100] Sobre este tema, SÁEZ DE LARA, *"El sexo aún no siendo la causa explícitamente alegada para establecer la diferencia de trato, es el motivo que realmente guió la actuación o el comportamiento discriminatorio, y que formalmente apareció, sin embargo, bajo una causa distinta"*, SÁEZ DE LARA, C., *Las mujeres y el mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas,* Madrid, Consejo Económico y Social, 1994. Citado por, REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,* Madrid, McGraw Hill, 1995, pág. 69.

[101] STC 145/1991, de 1 de julio: *"La discriminación indirecta, que incluye tratamientos formalmente discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre los 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 ".*

En resumen, mientras que la igualdad formal tendrá como soporte el artículo 14, paralelamente, la garantía de la igualdad material se verá legitimada de acuerdo al señalado artículo 9.2CE. Así, este precepto legítima, por un lado, medidas para alcanzar la igualdad real y efectiva y, por otro lado, es criterio interpretativo en la protección jurídica de la igualdad de mujeres y hombres en aras de lograr la igualdad de resultados.

Dicho de otro modo, el artículo 9.2 CE inspirará la totalidad de la política estatal dentro de la cual se legítima la adopción de medidas con criterios asexuados. Aunque, con carácter previo a estas medidas en aras de la igualdad real y efectiva, y siempre a priori, se hace preciso un análisis de éstas y de sus consecuencias, fundamentado en soslayar los daños colaterales de las mismas, porque si no se puede estimular la mencionada falsa protección que en su momento provocó las medidas del Estado autoritario de la dictadura.

1.4.3. Situación fáctica de las mujeres en materia social

La igualdad de las mujeres y los hombres se presenta claramente en un estado avanzado cuando se alude al marco normativo. Es decir, la igualdad normativa ha buscado la supresión de las discriminaciones del ordenamiento jurídico, eliminando los obstáculos que las mujeres tenían en el marco social para trabajar, y poder así acceder por derecho propio al sistema de previsión social. En definitiva, los avances en materia de igualdad de sexos en el marco del Estado social son importantes, tanto en el orden normativo como en la realidad socioeconómica.

En los Estados constitucionales occidentales se puede hablar de igualdad en el ordenamiento jurídico, de igualdad en la ley y ante la ley. Una igualdad de mujeres y hombres que no desconoce de los progresos legales significativos en materia de la equiparación de sexos, tanto en su contenido como en su procedimiento. Las discriminaciones materiales que sufren las mujeres se concretan en criterios que aunque, formalmente no se definan como discriminatorios, sí producen discriminación cuando el criterio utilizado indirectamente defiende la distinción de sexo.

También, es posible aducir a la igualdad normativa en el derecho a la seguridad social. No obstante, como se aprecia en el capítulo V de este trabajo quedan lagunas normativas por subsanar en el sistema público de seguridad social español, así como insuficiente protección en aras de la equiparación de sexos en orden a que las mujeres no sufran discriminaciones por ejercer la maternidad.

Sin embargo, el mayor problema es la desigualdad de facto que sufren las mujeres en el acceso y la protección que se otorga por el sistema público de la seguridad social. De ahí, la necesidad de denunciar los problemas prácticos que una inacabada normativa supone para la realidad de las mujeres. Por ello, la exigencia de categorías formalizadas que más allá de los meros conceptos legales se entrecrucen con la realidad fáctica femenina. Así como la necesidad de una perspectiva axiológica para el estudio del marco donde se desarrolla la interacción de los derechos sociales de las mujeres, y, además del discurso estatal, también la realidad sociolaboral femenina.

En palabras de Camps, las mujeres "queremos más igualdad, y para conseguirla, hay que cambiar muchas cosas aparentemente lejanas a la reivindicación de la igualdad. (....) Hay que exigir que todo esté al servicio, no tanto de una profesión excluyente de todo lo demás, como de la persona que tiene que hacer compatibles tareas muy diversas" [102].

Por todo lo expuesto, sin dejar de ser precavidos y objetivos en el estudio y lectura de la regulación legal de los derechos sociales de las mujeres, en la actualidad es la discriminación material la que más se revela en las situaciones laborales de las trabajadoras y, por tanto, su repercusión en el marco de la efectividad del derecho de las mujeres a la seguridad social. Además, esta situación se ve agravada por la sutileza en el aparente cumplimiento del ordenamiento jurídico que dificulta su denuncia y persecución judicial.

En esta línea, más allá del aspecto jurídico el problema es la continuidad de los tradicionales papeles sociales y actitudes masculinizadas que entorpecen el acceso de las trabajadoras al mercado de trabajo, y su permanencia en el mismo. La cuestión social es objeto de debate, y muchas veces

[102] Ver, CAMPS, VICTORIA, *El siglo de las mujeres,* Madrid, Cátedra, coeditat Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 1998, pág.134.

incurriendo en una demagogia de lo qué se considera políticamente correcto, y no desde la eficacia para la protección jurídica de las mujeres[103].

Así, la pretensión más cómoda para algún sector político y social es que las mujeres continúen desempeñando las tareas del hogar y, en cuanto al trabajo fuera del ámbito doméstico sea entendido como secundario. Es decir, se busca que políticamente se pueda hablar de que cuantitativamente las mujeres están incorporadas al mercado de trabajo, pero sin importar las condiciones sociales de su trabajo. Al mismo tiempo, desde la perspectiva económica del país es importante que las mujeres continúen trabajando en casa de forma gratuita, y sin reconocimiento por el sistema social.

Por otra parte, la situación laboral de las mujeres empeora tras el ejercicio de la maternidad. Esta situación suele ser utilizada para acuartelar a las mujeres en el hogar al ver extinguido su contrato de trabajo[104]. La cultura del siglo XXI todavía es partidaria de que sean las mujeres, (que como se observa en este trabajo, habitualmente, son titulares de un contrato temporal y de un trabajo peor pagado), quienes abandonen el trabajo al formar una familia, sin importar sus deseos, ni el tiempo y dinero que se han tardado en formar profesionalmente.

En este sentido, es igualmente execrable cuando se propicia ese abandono de los deseos profesionales de las mujeres de forma implícita por parte de la familia, de la sociedad, y en el marco del propio trabajo. Eso es, positivamente, en la actualidad, no existe una norma que obligue a las mujeres a abandonar su trabajo cuando son madres, pero no se puede desconocer que las tradiciones sociales y los roles familiares consideran "correcto" que sean las mujeres quienes opten, obligadas sutilmente por esa costumbre, por salirse del mundo laboral. Sin que por otra parte, en la mayoría de los casos, sea una cuestión planteable socialmente a los hombres.

---

[103] Para ampliar contenidos, DOMÍNGUEZ ALCÓN, CARMEN, *Construyendo el equilibrio: mujeres, trabajo, y calidad de vida,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2001, pág. 202.

[104] Véase, RODRÍGUEZ- PIÑERO Y BRAVO FERRER, "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", *RL,* Tomo I, 1991, pág. 6. En RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras, Op.cit*., pág.61.

Los criterios masculinos siguen estando más valorados que los femeninos. Por ello, la necesidad de medidas políticas y sociales que concilien la carrera profesional femenina y mantener su posibilidad de ser madres. Sin embargo, esta compatibilidad no debe concebirse desde la inferioridad de condiciones laborales, o a costa del sacrificio femenino de ser las únicas responsables de ambas tareas, sino desde la equiparación y la igualdad.

La tesis social de las mujeres está ligada en su resolución a la transversalidad de la política, que debe pasar por la atención a una educación en favor del idéntico trato social de mujeres y hombres, y el reparto equitativo de las cargas familiares. La consecución de estos objetivos es plantear una malla jurídica y fáctica que garantice el respeto a la dignidad de las mujeres puesta en entredicho por la historia y la sociedad.

En definitiva, no sólo es un problema legislativo, sino que es un problema que afecta a distintos marcos y ámbitos. La solución no es mantener las estructuras familiares actuales, sino lograr un reparto equitativo de las cargas, y emitir campañas de información sobre las ventajas del trabajo femenino, y la necesidad de que los varones sean conscientes de lo conveniente de que sean ellos quienes soliciten los permisos y descansos por motivos familiares, que tradicionalmente se les venía asignando a las mujeres como obligación, y no como derecho[105].

En suma, todavía queda por avanzar hasta poder hablar de una igualdad material, porque sin la emancipación económica de las mujeres no se podrá aludir a la ciudadanía más allá del aspecto formal. Por lo demás, esta situación se ve agravada por el oculto, pero real alejamiento de las mujeres de los órganos de decisiones técnicas y del poder.

A este respecto son numerosos los ejemplos existentes de discriminación material a las mujeres que siguen empañando el concepto de Estado social. Pero en el asunto judicial siguiente llama

[105] MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000.

especialmente la atención por verse la propia Administración pública involucrada, quien incumple el derecho a la igualdad de mujeres y hombres, y da un ejemplo de cómo no se debe actuar.

La actora prestaba servicios para el Institut Municipal d'Educació de Barcelona -órgano público-, con referencia al proyecto NOW, evaluando programas de formación, (hay que advertir que el programa era financiado por la Unión Europea destinado a promover la igualdad de sexos), como titular de un contrato temporal para servicio determinado y tiempo concreto. La actora es despedida un mes más tarde de comentar a sus compañeros que está en estado de gestación. La mujer recurre esta decisión señalando que la causa del despido se origina por su embarazo.

Pues bien, la sentencia recurrida es del TSJ de Cataluña de 8 de febrero de 1999 (asunto 5759/98), en recurso de amparo 1150/99, la cual consideró, *"El citado organismo no podía incurrir en discriminación por cuanto en primer lugar, tenía contratadas a 98 mujeres y 29 hombres,* (sobre este aspecto, el TC ha afirmado que no debe ser el dato cuantitativo sino el cualitativo el criterio para evaluar la aplicabilidad de la igualdad entre los sexos), *considerando que este hecho argumentaba de forma evidente su política de contratación preferente a las mujeres, a la vez que veía imposible que la Administración pública incurriera en estas actuaciones, más propias de empresas privadas que públicas, dando por hecho que no era posible en lo público"* [106].

En este caso planteado es de destacar, por un lado, la irónica o ingenua justificación judicial, *"en cuanto que la Administración no podía incurrir en un quebranto legal*". Por otro lado, la limitación de análisis judicial a los índices estadísticos que muestran simplemente que en la empresa hay un número mayoritario de mujeres contratadas; dos argumentos que en la realidad del siglo XXI llaman la atención que sean utilizados por un órgano judicial –TSJ de Cataluña-.

[106] Este argumento recuerda al de la STC 94/1984, de 16 de octubre, en este caso se trataba de una ayudante técnico de laboratorio en el Policlínico de Vigo, con un contrato temporal de un año, y sometida a un período de prueba de tres meses, tras 22 días es cesada. El TC considera que aquí no había discriminación y que no fue despedida por su embarazo, justifica su decisión dado que la clínica contrata habitualmente a mujeres, y la extinción se produjo cuando la actora ya no estaba embarazada. Todo ello, con el testimonio de la directora de enfermeras que le advirtió que no se quedase embarazada, sino quería ser despedida. El TC considera que la extinción del contrato en período de prueba no tiene por ser justificado, y no entra a debatir la relación de la resolución de un contrato aunque sea en este período de prueba, y la exigencia de la garantía constitucional de la igualdad de género.

De tal forma, que no son indicativos del respeto de la Administración a la obligación del principio de igualdad de sexos en la aplicabilidad de la totalidad del contenido que encierra la igualdad material; porque también puede ser mayoritario, el número de despidos que se producen cuando las trabajadoras están en estado de gestación, y debe ser sancionada en el marco jurídico esa decisión empresarial, sea pública o privada.

La Sala Primera del TC ha dictado la sentencia 17/2003, de 30 de enero de 2003; a través del recurso de amparo se ha resuelto la vulneración del derecho de la demandante a no ser discriminada por su sexo en el caso de la extinción de contrato temporal por causa de su embarazo.

El fallo considera que la actora es víctima de una discriminación y proclama que tiene todo el derecho a no ser discriminada por su sexo; afirmando que la decisión de la empresa de despedirla y su embarazo son hechos correlativos[107]. No habiendo la empresa justificado su decisión y, además, existiendo un antecedente en un asunto similar en la misma entidad pública. Eso es, se considera que la igualdad de sexos es algo más que el número de contratos realizados a las mujeres, y se debe ir más allá en la protección de la misma, al exigir que el ejercicio de su derecho de libertad que en este caso se traduce en el ejercicio de su capacidad para ser madre no dé lugar a un tratamiento discriminatorio para la trabajadora. Situación protegible con mayor severidad cuando la titularidad empresarial es ostentada por la propia Administración pública[108].

Por lo tanto, en este fallo del tc hay dos aspectos esenciales, uno de ellos, es el pleno sometimiento de la actuación de la Administración a los rigores de la ley, incluida la obligación del respeto

[107] Como fundamento jurídico (FJ3), "*admite que la maternidad es una realidad que biológicamente se otorga a la mujer, y que por lo tanto, no puede suponer una discriminación en el terreno profesional, sin que la consideración de Administración le dé inmunidad para considerar que todas sus actuaciones no son discriminatorias, postulando que estás decisiones atentan contra la igualdad de género, pero también contra la dignidad de la persona".*

[108] Se citan las sentencias, STC 48/2002, de 25 de febrero, STC 84/2002, de 22 de abril, y STC 114/2002, de 20 de mayo, que muestran la obligación de la Administración de acreditar la "regularidad" de sus actuaciones, no desatendiendo que estos mandatos están establecidos por la propia Constitución española en el artículo 103.1 y artículo 106.1, al considerar el pleno sometimiento de la misma a la ley, eliminando de su actuación cualquier atentado contra la seguridad jurídica o arbitrariedad de decisión. Se considera que esta situación no debe afectar a los derechos laborales de las mujeres, incluso más allá del propio contrato, aspecto afianzado por la STC 41/2002, de 25 de febrero, y el Convenio de la OIT núm. 158 de 1982 en su artículo 5d), y la misma Directiva 76/207/CEE.

a los derechos sociales de las mujeres. Por otro lado, la capacidad biológica de las mujeres de ser madres que ha sido históricamente motivo de discriminación de las trabajadoras, y no puede tolerarse que este argumento continúe esgrimiéndose en la exclusión social de las mujeres.

El TC deduce para otorgar protección constitucional que, "*en este sentido, la exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón de ser, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del artículo 14 CE y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la mujer (STC 166/1988, de 26 de septiembre)".*

La cuestión judicial planteada es interesante, ya que muestra que la propia Administración tras conocer el embarazo de la trabajadora procede al despido, quebrando la constitucionalidad de la igualdad de trato de la política de igualdad de género que rige la actuación pública. Además, es interesante por ser reciente, lo cual indica que en la actualidad no se puede dar por satisfechos los derechos sociales y las aspiraciones sociales femeninas, y, por consiguiente, se debe seguir muy de cerca la actuación de los poderes públicos[109].

Sirva para concluir, que como consecuencia de todo lo tratado, hemos de señalar que la brecha existente entre la igualdad de mujeres y hombres normativa, y la igualdad real de mujeres y hombres obliga al compromiso del Estado social a buscar una serie de medidas para compensar los perjuicios sociales históricos que han sufrido las mujeres.

Ello con el objetivo de paliar las dificultades de ser mujer en el siglo XXI, y en esta medida estrechar la brecha entre la igualdad formal y la igualdad material.

En la actualidad, como hemos indicado, hay una serie de políticas económicas y sociales que preceden a una etapa de cambios sociales que puede dar lugar a regresiones jurídicas y económicas en aras de la globalización y exigencias de la economía de mercado. De tal forma, que la reforma social

[109] De igual manera el órgano constitucional se ha expresado en STC 166/88, de 26 de septiembre y STC 173/94, de 7 de junio.

puede ser poco justa y solidaria con las clases menos privilegiadas de esta sociedad que se han conformado en su propio seno. Pero, especialmente injusta e insolidaria con las mujeres que aún hoy continúan siendo ciudadanas de segunda categoría, para las que cualquier mejora se debe plantear como una auténtica lucha, un reto a todos los niveles en la legislación internacional y las legislaciones internas, frente a los poderes públicos y privados y sin poder olvidar el análisis de la difícil posición de las mujeres en la sociedad.

Al hilo de esta nueva situación, en los llamados países desarrollados está apareciendo una filosofía que no encaja con los principios y valores que definen el Estado social. Así, se pretende que el Estado se desentienda de la protección de necesidades y de los colectivos más desfavorecidos, dejándoles en las garras de un mercado que busca sólo beneficios económicos, rentabilidad y mercantilismo.

En suma, en este nuevo orden económico, las trabajadoras se ven acosadas de especial manera por esta crisis económica y son doblemente discriminadas en el nuevo contexto económico, por un lado, por ser mujeres y por otro lado, por ser parte de la clase obrera. Es decir, junto a la inestabilidad socioeconómica que está sufriendo el factor productivo "trabajo" fruto de la deslocalización industrial. Además, las mujeres ven agravada su situación al persistir los estereotipos sexuales, de tal modo, que las mujeres son las últimas en ser contratadas y las primeras en salir del mercado.

En definitiva, los progresos para la igualdad de mujeres y hombres en el marco legal son irrefutables, pero la realidad social y económica de las mujeres permite hablar de ruptura entre la igualdad jurídica y la igualdad de facto. Este hecho se constata con los datos que se publican regularmente por diferentes organismos públicos y privados, mostrando unanimidad, puesto que reflejan que las mujeres son víctimas de discriminación en materia social. En consecuencia, la protección jurídica de la igualdad de sexos no se está respetando o al menos, no para alcanzar los objetivos propuestos.

La lógica social impone que igualdad de las mujeres con los hombres es un derecho que reconocido formalmente, sin embargo, tanto la igualdad de trato como la igualdad de oportunidades para las mujeres es una falacia, porque sólo se ha actuado dando protección contra las discriminaciones planteadas en las normas legales y convencionales, y se ha obviado la atención a las discriminaciones

reales que sufren las mujeres por la perpetuación de los estereotipos sexuales. Asimismo las mujeres son víctimas de prácticas arbitrarias, aparentemente justificadas, ya que "*la igualdad se enfrenta con una lógica de eficacia industrial o una exigencia mercantil*"[110].

1.5. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

> "*En Alemania, Inglaterra, y Estados Unidos, la mujer clásica de agraciadas curvas está siendo sustituida por la chica alta y con poco pecho*"[111].

1.5.1. La constitucionalidad del derecho a la seguridad social

1.5.1.1. Planteamiento de la cuestión

La Constitución española de 1978 incorporó el constitucionalismo social democrático en las líneas marcadas por el constitucionalismo europeo. Este texto es reflejo normativamente de las transformaciones políticas, sociales y económicas que se estaban produciendo en España. Con él se inicia una nueva fase en materia de seguridad social que vendría firmada en numerosas ocasiones por la labor de los órganos constitucionales, señalados como predecesores de las diferentes y numerosas reformas normativas, y que serían éstas recogidas en la Ley General de la Seguridad Social de 1994; primera norma reguladora del sistema de la seguridad social del período constitucional.

En España, el derecho a la seguridad social se recoge en el artículo 41 CE como principio rector de la política social y económica, que establece la responsabilidad de los poderes públicos de constituir un sistema público de la seguridad social para toda la ciudadanía al objeto de atender a

[110] MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad*, Barcelona, Icaria, 2000, pág. 184.
[111] RAMÓN Y CAJAL, *La mujer. Conversación e ideario,* Madrid, 1953, pág. 173. Citado por, SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori], 1996, págs. 84-85.

los diferentes estados de necesidad de la población en aras de asegurar su bienestar general[112]. De esta forma, para el constitucionalismo social español este precepto es la esencia de su definición. La acción estatal asume la responsabilidad de configurar un sistema de protección social para garantizar a la población una existencia digna en razón de los principios y valores que le dan significado[113].

En esta media debe de distinguirse en primer lugar, la estructura del sistema público de seguridad social, pues en la actualidad se diferencian dos niveles, por un lado, el nivel no contributivo que supone la universalidad de la protección social concebida al margen de cotizaciones sociales previas. Por otro lado, el nivel contributivo establecido en orden a la vida laboral del beneficiario/a que determina el reconocimiento de las prestaciones sociales y de su cuantía.

Dicho de otro modo, este último nivel es el que dio origen al sistema de previsión social en el mundo occidental como respuesta del Estado a las tensiones creadas entre el capitalismo y la demanda de adecuados medios de subsistencia para el proletariado[114]. Sin embargo, el contenido jurídico del sistema de seguridad social en estos momentos se ve complementado con el nivel de protección asistencial que implementa su reconocimiento a toda la ciudadanía en situación de necesidad. Es decir, se constituye su reconocimiento para aquellas personas que no han podido acceder al nivel contributivo por no cumplir los requisitos carenciales exigidos.

Como señala GARCÍA-PERROTE, la Constitución plasma un sistema universal de protección a la par que trata de superar el concepto de riesgo o contingencia[115]. A este respecto, la STC 39/1992 constata que el sistema de protección social "*se ha ido* separando *progresivamente del esquema contributivo y*

---

112 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO, *Derecho de la seguridad social,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
113 Artículo 41 CE: "*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres".*
114 Ver, FERRAJOLI, LUIGI, *Derechos y garantías, la ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1996, pág.16.
115 GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, IGNACIO, *Derecho de la seguridad social, Op. cit.,* págs. 54-58.

acercándose de forma cada vez más próxima al concepto de tributación en el que la existencia de la cuota no autoriza a exigir un determinado nivel de prestaciones, ni su cuantía a repercutir en el nivel o contenido de las mismas".

En este orden de ideas, las prestaciones y asistencia que se establecen por parte del poder público deben concebir como destinatarios a toda la ciudadanía. Ante el debate sobre la necesidad de superar los conceptos de protección social ligados al marco contributivo, el TC considera que aun reconociendo que la expresión de situaciones de necesidad pretende superar tales conceptos contributivos origen del sistema de protección, no impide, al mismo tiempo que se garantice un nivel mínimo de rentas; y por lo tanto, no hay oposición entre estos términos, pues el legislador puede ampliar la protección en los niveles y requisitos que determine.

A lo descrito, nos corresponde señalar que el TC en sentencia 37/1994 aprecia que el artículo 41 no debe de ser considerado como un modelo único de seguridad social, puesto que su carácter dinámico permite la evolución del sistema para afrontar los cambios que la sociedad y los nuevos acontecimientos le imponen. De este modo, la protección social es concebida como función del Estado social, asimismo se entiende superado totalmente el inicial esquema de seguro social, aunque el acceso a determinadas prestaciones contributivas venga establecido por la vida laboral del beneficiario y sus cotizaciones[116].

En segundo lugar, sobre el carácter público que asigna el artículo 41 al sistema social es resaltado por la STC 37/1994 en cuanto a que este carácter es indisponible por parte de los poderes públicos. Sin embargo, no impide ser modulado de acuerdo a las circunstancias económicas y sociales del momento, pero manteniendo su responsabilidad como función de los poderes estatales en un orden socioeconómico justo[117]. De esta forma, como indica la STC 206/1997, la Constitución "*consagra una institución protegiéndola contra alteraciones que puedan desnaturalizar su esencia*".

[116] En este mismo sentido se ha expresado la jurisdicción constitucional en las SSTC 268/1993, 377/1993, 38/1995, 77/1995.
[117] No cabe privatización del sistema de seguridad social puesto que la Constitución expresamente le define con carácter público. FREIXES SANJUAN, TERESA, *Los derechos de los trabajadores en la Constitución,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

En esta misma línea señala FREIXES, la seguridad privada quebraría los principios asistenciales mínimos que los Estados modernos y eficaces deben prestar a sus ciudadanos. A este respecto debe de señalarse que este mecanismo de protección social privada se ha propuesto por determinadas opciones políticas para reducir los desequilibrios socioeconómicos que se derivan de las estructuras actuales[118]. No obstante, en algunos derechos como el derecho a la salud recogido en el artículo 42 CE cabe esta posibilidad de privatización; sin embargo, no así cuando las referencias son al derecho a la seguridad social al estar constitucionalmente configurado con un carácter público.

En el caso de España, el desarrollo de este precepto 41 como vemos en los apartados siguientes ha respondido a las exigencias de racionalizar el gasto social. Además, de la necesidad de adaptación a las demandas de la población española cuyo frontispicio normativo se dibuja en los términos establecidos por la Unión Europea. De esta manera, entre esos cambios se deja atrás una etapa de protección hacia las mujeres caracterizada por el paternalismo estatal, y su configuración social bajo criterios masculinizados que tuvo efectos perversos para los derechos de las mujeres españolas.

En tercer lugar, conjuntamente a este carácter público se debe referenciar la posibilidad constitucional de asistencia y prestaciones privadas que complementen, nunca que sustituyan a las prestaciones sociales de carácter público, puesto que lo contrario sería desnaturalizar el propio sistema social. Por otra parte, en este sentido, este carácter público no impide que aunque el Estado asume la garantía legal y normativa del derecho a la seguridad social, pueda acudir a la posible colaboración empresarial y de entidades privadas. Sin embargo, esta posible colaboración debe de trazarse sin modificar los compromisos de los poderes públicos en su tutela de la acción protectora adecuada para satisfacer las necesidades de la ciudadanía.

En resumen, el sistema de seguridad social como toda institución constitucional debe de evolucionar para acercar la realidad al marco jurídico. No obstante, a pesar de que la efectividad de su contenido viene ligado al marco presupuestario y mediatizado por la disponibilidad económica del

[118] FREIXES SANJUAN, TERESA, *Los derechos de los trabajadores en la Constitución, Op.cit.,* pág. 306.

momento, el constitucionalismo social español exige que estos cambios se mantengan en los parámetros jurídicos que definen al Estado social.

1.5.1.2. Sobre los rasgos del derecho a la seguridad social de las mujeres.

De acuerdo con estas consideraciones, nos sirve para dar cuenta de la obligada protección pública que el Estado social debe de otorgar a las mujeres. La seguridad social concebida como un derecho que constitucionalizado exige al Estado, por un lado, el reconocimiento de un sistema de acción protectora que se reconozca en igualdad de condiciones entre hombres y mujeres; y, además, que cuando se cuantifiquen las prestaciones en relación a la presencia del beneficiario en el mercado de trabajo, como es el nivel contributivo, no sean peyorativas estas normas para las mujeres. Es decir, que el reconocimiento y el cálculo de las prestaciones sean disciplinados teniendo en cuenta las dificultades de las mujeres en el mercado laboral, por cuanto están afectadas por su desventaja social que se justifica en tradicionales estereotipos sexuales que desembocan en una discriminación laboral.

Por otro lado, la demanda de prestaciones especificas para proteger el ejercicio de la maternidad por las madres trabajadoras. De ahí, la necesidad de la creación de mecanismos de garantía jurídica para proteger las consecuencias fácticas que las diferencias biológicas entre hombres y mujeres tienen en el acceso al sistema de protección social. Paralelamente, también deben de permitir asegurar su estatus jurídico como ciudadanas. De manera que se concibe el derecho a la protección social como el derecho a prestaciones en las situaciones de necesidad conforme a los principios de solidaridad y justicia social, que revierten positivamente en el nivel de desarrollo personal y de una existencia digna de las mujeres.

Por todo lo referido se producen dos consecuencias, por una parte, la obligación del Estado de desarrollar un sistema público de seguridad social que exige que el sistema no pueda verse censurado por dificultades económicas. Por otra parte, por cuanto el artículo 9.2 y 14 CE requieren una efectividad

de la igualdad legal y real de mujeres y hombres traducida en el contenido y la forma del sistema de seguridad social[119].

En la actualidad, la única particularización de la cuestión femenina es la protección específica que se otorga a situaciones derivadas del estado de gestación, como examinamos en capítulos posteriores. Es decir, con esta protección social se trata de socializar, de momento de forma insuficiente, las dificultades que las mujeres tienen para incorporarse y permanecer en el mercado de trabajo cuando son madres.

Por tales causas, se muestra una realidad que es constatable, que hay un antes y un después de la maternidad, un cambio negativo de actitud de la empresa hacia las trabajadoras que están embarazadas o ya son madres. Estas trabajadoras sufren discriminación de género en su profesión, bien, con paralización de su carrera profesional, bien, con menores retribuciones salariales o bien, por ver resuelto su contrato de trabajo. El problema para la protección legal y judicial de estas situaciones es que no siempre es posible demostrar esta discriminación, o no siempre es reclamable judicialmente por la sutileza de tales decisiones empresariales que se ven amparadas por términos tan arbitrarios como "libertad de gestión empresarial".

Por lo descrito, la garantía de los derechos sociales de las mujeres, como todos derechos sociales, se ven aquejados de las mismas dificultades de protección jurídica, además, cuando se habla de igualdad de sexos hay un problema añadido, pues hay un aparente cumplimiento normativo dentro del constitucionalismo social, sin embargo, se produce una encubierta discriminación femenina. La relación maternidad y trabajo para las mujeres continúa siendo tratada de forma desigual, ya que en la mentalidad de los empresarios/as y de la sociedad persiste con el discurso ideológico de evitar que las mujeres tengan las mismas oportunidades que los hombres.

En consecuencia, el sistema de la seguridad social es una institución constitucionalizada en el artículo 41, que hace responsable al Estado social de garantizar el bienestar de la sociedad en la garantía

[119] Obra que permite profundizar sobre el tema, o'connor, La crisis fiscal del Estado, Barcelona, Península, 1981. Citado por, pisón martínez, josé, Política de Bienestar, Estudio sobre los derechos sociales, Op.cit., pág. 50.

de un orden social justo. Por ello, se concibe la institución de la seguridad social con un carácter público, si bien, no impide que se complemente con un sistema de previsión de corte privado. Asimismo, el sistema de protección social deberá tener dos niveles: un nivel contributivo y un nivel asistencialista con el objeto de alcanzar la armonía social para la ciudadanía desde el bienestar social.

En este orden, la defensa de la igualdad en el derecho a la seguridad social de las mujeres precisa de la intervención del Estado social, que debe de asumir su responsabilidad de dar desarrollo legal al principio rector del artículo 41 atendiendo a las especiales dificultades de las mujeres en su consideración como sujetos de derecho del sistema social. Aunque, consideramos que este principio rector debe de estar presente como control a la actuación de los poderes públicos en razón de su responsabilidad de garantizar un nivel de vida digno.

No obstante, el desarrollo del sistema de seguridad social en orden al artículo 41 presenta, actualmente, por un lado, algunas situaciones de insuficiencias legales en la protección social a las mujeres, y por otro lado, se detectan lagunas al no prever situaciones que la realidad impone para las mujeres, y que se traducen en la brecha entre lo fáctico y el orden normativo.

1.5.2. La estructuración de la normativa estatal en el estado social español

A este respecto, el contenido del desarrollo legal que del artículo 41 CE se ha realizado, se aborda con mayor profundidad en los siguientes capítulos. Sin embargo, corresponde decir que el artículo 41CE en cuanto al sistema público de seguridad social es desarrollado legalmente en el constitucionalismo a través de la citada Ley General de Seguridad Social de 1994, de 20 de junio; constituida sobre el muro maestro legal de la anterior Ley General de Seguridad Social de 1974, de 30 de mayo.

De esta manera, en conformidad con todo lo anteriormente señalado, con esta norma legal se da contenido al principio constitucional que exigía un sistema público de seguridad social. Se concibe el sistema de protección como el instrumento para alcanzar objetivos del Estado social en cuanto a que se constituye para dar eficacia al principio de redistribución de la renta, cobertura de riesgos de forma

universalizada a la par que se otorgaba seguridad material desde la cobertura de las contingencias, y al mismo tiempo lograr estabilidad social y política.

Esta norma es el resultado de la autorización al Gobierno para que se procediese a la refundición de las disposiciones en materia de seguridad social. A tal efecto, se fijan los términos en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre por la que se establecía en la Seguridad Social prestaciones no contributivas, asimismo con posterioridad, la Ley 22/1992, de 30 de julio, de medidas urgentes sobre fomento del empleo y protección por desempleo, y finalmente, en la Ley 22/1993, de 29 de diciembre de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo.

El sistema de la seguridad social español es un sistema público que ha sido modificado en diversas ocasiones y por diferentes motivos durante el período democrático, aunque la estructura contributiva pervive desde sus orígenes. En este sentido debe destacarse, que en la década de los ochenta es apreciada por parte de los agentes socioeconómicos y políticos más representativos la necesidad de reformas en el sistema de seguridad social. Así, la respuesta se plasma en las modificaciones introducidas por la Ley 26/1985, de 31 de julio de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora. En esta norma se establecen importantes cambios en los requisitos y cálculo de las prestaciones de invalidez permanente y jubilación. Asimismo, durante esta década de los ochenta se asiste a la asunción por parte de las Comunidades Autónomas de la competencia de asistencia social prevista constitucionalmente en el artículo 148.1.20.

Durante la década de los noventa se producen las reformas que se centran principalmente en el marco de la prestación de desempleo y de incapacidad laboral transitoria, al objeto de lograr una contención de gasto público que se observaba en estas dos partidas presupuestarias. No obstante, la reforma más importante es la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, pues incorpora el nivel no contributivo de protección, que se ve especificado en pensiones por jubilación, incapacidad permanente, y asignación por hijo/a a cargo. Supuso el cambio social preciso para poder considerar el sistema de seguridad social como universal.

En suma, tras la autorización citada al Gobierno se aprueba la LGSS, que es la refundición de las modificaciones existentes con la distinción en su tratamiento del nivel contributivo y no contributivo. Se conforma en el instrumento que da eficacia legal al artículo 41, como fórmula social que brinda a los ciudadanos/as cobertura de sus situaciones de necesidad. Sin embargo, se debe de señalar que esta norma ha sido, nuevamente, objeto de modificación respondiendo a la necesidad de adaptación de la realidad al contenido normativo de protección social.

1.5.3. Intervención de las comunidades autónomas en la garantía jurídica de la protección social

La preocupación por la igualdad de mujeres y hombres y la búsqueda de coordinación de las prestaciones sociales son axiomas del modelo social que a nadie se le escapa deben cohabitar con la estructura autonómica, la cual con mayor o menor amplitud constitucional tiene capacidad de resolución en la materia social.

La Constitución española dispone en el Título VIII los principios de organización territorial. En los preceptos 148 y 149 se recoge el marco competencial que pueden asumir las Comunidades Autónomas. Asimismo, establecen los términos y límites a la atribución de competencias por parte de las autonomías. Sin embargo, en todo caso esa gestión deberá estar implementada en aras de los valores y principios que impone el texto constitucional en orden al artículo 2 CE al exigir solidaridad entre las distintas regiones.

La organización territorial en España tomará como antecedente al artículo 15 de la Constitución Republicana, engarzando la descentralización política y la materia social en un régimen compartido entre el Estado y las Regiones[120]. De tal forma, que el Estado mantuviese una fiscalización de la gestión regional a la par que se consideraba que el poder normativo de las Regiones quedaba sometido a lo dispuesto por la ley nacional, y, especialmente, en relación con los compromisos adquiridos en el ámbito

[120] Específica su relación, GARCÍA HERRERA Y MAESTRO BUELGA, *"El constitucionalismo federal del siglo XIX, sirvió sin duda para afianzar el principio de unidad de mercado, y la eliminación de barreras a la circulación del tráfico mercantil, lo que significaba a la postre una forma de impulsar los intereses del liberalismo económico burgués de la época. El fenómeno se constataría en otro de los modelos emblemáticos de Federación, como es el caso de Suiza, a través de las reformas constitucionales que se aprueban en 1848 y 1874"*, GARCÍA HERRERA, M.A. Y MAESTRO BUELGA, G., "Comunidades Autónomas y protección social en la crisis del Estado Social", *Jueces para la democracia,* núm. 33, 1998, pág. 34.

internacional por España. Era un sistema similar al actual, por el que si una competencia no era asignada específicamente al Estado, ésta podría ser asumida por la Región. Aunque, en todo momento se debían garantizar los niveles de homogenización social y jurídica con el objeto de evitar desigualdades entre la población; a tal fin se arbitrarían instrumentos para lograr la defensa de una política social sin preferencias para ninguna Región.

En este contexto, el artículo 149.1.1 CE considera como competencia estatal exclusiva, la regulación de las condiciones básicas para garantizar la igualdad de todos los españoles. Cuestión que de acuerdo al artículo 9.2 CE constriñe a tal fin la actuación de la totalidad de los poderes públicos. De tal manera, que los poderes públicos sean o no autonómicos deben de promover un cuadro de condiciones propicias para que la libertad y la igualdad de la ciudadanía sean efectiva y real. De este modo, compromete este precepto constitucional a todas las Administraciones públicas, como poderes públicos que son. Es decir, como parte integrante del poder público, las Comunidades Autónomas y la Administración local están obligadas por mandato constitucional a la adopción de medidas destinadas a alcanzar la plena igualdad de las mujeres y los hombres[121].

Los Estatutos autonómicos de forma generalizada reconocen al Estado social como parámetro de actuación en la protección de minorías, la promoción efectiva de los objetivos sociales e igualdad de oportunidades de mujeres y hombres. En este orden se ha considerado siguiendo las manifestaciones de la protección social a nivel supranacional, así como las medidas establecidas por el Estado social español, que las Comunidades debían aprobar instrumentos para la incorporación de las mujeres a la vida social y al mercado de trabajo, puesto que de forma unánime se reconocen como el cauce adecuado para garantizar la libertad y la independencia femenina[122].

---

[121] Al respecto, PECES BARBA, Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales, Murcia, Universidad de Murcia, 1981, págs. 55-56; Escritos sobre Derechos Fundamentales, Madrid, Eudema, 1988, pág. 201.

[122] STC 61/1997 " *Condiciones básicas en una primera aproximación serian aquellas que hacen referencia al contenido primario (STC 154/1998), del derecho a las posiciones jurídicas fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas, o presupuestos previos (...) Las especificaciones anteriores son consideradas como las imprescindibles para garantizar esa igualdad. Junto a esta definición, se reitera el criterio de que la igualdad no puede consistir en una igualdad absoluta que excluirá las condiciones básicas*" (FJ8) y la STC 13/1992, de 6 de febrero.

En este sentido se sitúan entre otros, el Estatuto de Andalucía -artículo 12.2- "*la Comunidad Autónoma propiciará la efectiva igualdad del hombre y de la mujer andaluces, promoviendo la plena incorporación de ésta en la vida social y superando cualquier discriminación laboral, cultural, económica y política*"-. En los mismos términos se expresa el Estatuto de Castilla la Mancha - artículo 4.3 -. En ambos se busca la promoción de la igualdad y la participación socioeconómica de las mujeres.

En esta línea, las Comunidades han asumido la responsabilidad de la adopción de medidas para dar cumplimiento al artículo citado 149.1.1. Sin embargo, debe al objeto de nuestro trabajo distinguirse las competencias en materia laboral y las competencias en materia de seguridad social.

En efecto, en el marco de las competencias en el orden laboral, el artículo 149.1.7 establece que es competencia del Estado, con carácter exclusivo, la materia laboral. Sin embargo, las Comunidades pueden asumir la ejecución de la normativa que a este respecto se establezca por parte del Estado. Por tal causa, las Comunidades se han responsabilizado del establecimiento de medidas destinadas a lograr la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo con acciones que complementan a las previstas en el marco estatal, tales como ayudas económicas a la contratación de mujeres. Al mismo tiempo que se establecen subvenciones a su constitución como trabajadoras por cuenta propia. Así como la formación de foros, observatorios e instituciones específicas para la ayuda interdisciplinaria a las mujeres para su inserción socioeconómica, especialmente, con referencia a las mujeres de zonas rurales[123].

En este mismo sentido junto a las medidas descritas, será competencia autonómica la intensificación de la actuación de la Inspección de Trabajo con relación a perseguir y sancionar a los empleadores/as del trabajo sumergido. Igualmente, con la instauración de servicios públicos de guarderías que faciliten a las madres seguir trabajando, a la vez que se formalizarán campañas autonómicas para la sensibilización de la sociedad a favor de la igualdad de sexos, así como la adopción

[123] Se elaboran propuestas, dentro del Proyecto "Promociona", y algunas tan diversas como la de formar en Asturias, agentes de igualdad de género, agentes de desarrollo local y profesionales de la inserción así como, un curso de postgrado de especialista universitario sobre la igualdad de género. En Galicia se crea el Servicio Galego de Igualdades, para establecer itinerarios formativos personalizados, y el incentivo de ideas empresariales femeninas. Asimismo, con especial hincapié se estudia la situación real de las mujeres discapacitadas, en las cuales concurren dos condiciones que las sitúan en desventaja social, en este terreno se colaborará con las experiencias existentes en Italia y Portugal.

de disposiciones que regulen los planes de igualdad de mujeres y hombres. Todo ello con el compromiso de los agentes sociales y económicos e implicación de las instituciones educativas.

El tratamiento legal desde esta nueva estructura autonómica implica que, aunque la competencia laboral sea exclusiva del Estado, las Comunidades Autónomas deben aprobar una política social que consigne el derecho a la igualdad de mujeres y hombres[124].

De igual modo, las Comunidades Autónomas se verán también afectadas por la aplicación del principio "mainstreaming". En esa medida, debe su actuación coordinarse con los sistemas locales y las políticas de igualdad de sexos para abordar los distintos problemas desde diferentes órdenes y perspectivas. En suma, las autonomías deben involucrándose en este objetivo de informar y formar sobre la igualdad de mujeres y hombres.

Por otro lado, en materia de seguridad social se considera que es competencia exclusiva del Estado de acuerdo al artículo 149.1.17 CE. No obstante, las Comunidades podrán asumir la gestión de los servicios. Este planteamiento se realiza sin desoír que hay una pluralidad de centros de decisiones, y por esta razón es preciso determinar a quién le corresponde decidir y con qué recursos económicos. Sin desconocer, que el sistema de la seguridad social es considerado por la Carta Magna como el instrumento para alcanzar la igualdad entre la ciudadanía social[125].

En este orden de ideas, para aclarar una serie de conceptos con relación al contenido de "legislación básica en seguridad social" ha sido necesaria la intervención del tc. Así, este órgano constitucional reconoce que desde esta perspectiva se afronta una política social que no se agota en el

---

[124] La búsqueda de la igualdad de género, es la que implica a todas las Administraciones públicas, pero, también legitima que el Estado mantenga un control en la regulación de las condiciones básicas, para lo cual se podrá servir de los instrumentos proporcionados por la propia Constitución, en sus artículos 150, 153, 154 y 155. Que intentan lograr bajo una estructura similar, la garantía de la igualdad y solidaridad en el marco de la efectividad de la autogestión, participación ciudadana y buscando la eficiencia administrativa.

[125] Matiza el contenido, GUTIÉRREZ LLAMAS, "*La Constitución Española de 1978 consagra un Estado policéntrico, caracterizado por la distribución territorial del poder político, desmontado de esta guisa el viejo Estado centralista fuertemente enraizado durante el franquismo*", GUTIÉRREZ LLAMAS, ANTONIO, *La distribución de competencias entre el Estado y Comunidades Autónomas,* Madrid, Bosch, 1994, pág.10.

marco legislativo, sino que se hace necesario un desarrollo reglamentario y de ejecución cercano al lugar de aplicación[126].

En esta misma línea, el tc en sentencia 158/1986, sentencia 69/1998, de 19 de abril y sentencia 80/1998, de 28 de abril entra a resolver qué se debe entender constitucionalmente por básico, y considera a este respecto como básico toda materia que afecta al interés general a la par que se exige que el contenido básico debe de ser aprobado por una ley votada en las Cortes Generales; aunque se admite que excepcionalmente el Gobierno apruebe normas con el carácter de básico[127].

Con esta posibilidad se reconocía una potestad discrecional del Estado social para garantizar la satisfacción del interés general, siempre respetuoso con el margen de actuación de las Comunidades en este campo. El Estado desarrollará los poderes normativos en forma de ley y reglamento en cuanto a los temas básicos de la materia, pudiendo corresponder a las Comunidades su gestión. Si bien, su gestión debe de realizarse en los términos de las normas básicas estatales.

No obstante, no se aprecia en los pronunciamientos del tc un sólo un criterio en esta definición, sino que antes al contrario, en cada caso es enjuiciado nuevamente qué se debe entender por legislación básica[128].

---

[126] Ver la STC 57/1983, de 28 de junio.

[127] En este sentido se manifiesta, fernández, t. ramón, "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", REVL, núm.201, 1979, págs. 20 y ss.

[128] RODRÍGUEZ-SAÑUDO Y ELORZA GUERRERO, señala que: "*No han faltando conflictos de competencia entre el Estado y la Comunidades Autónomas, como fue el conflicto positivo de competencia número 792/1984, en relación con la Comunidad Autónoma Catalana, con referencia al contenido del RD1314/1984 de 20 de junio, que regula la estructura y competencia de la Tesorería de la Seguridad Social. Resuelto con la Sentencia 124/1989 de 7 julio. El TC afirma " La competencia sobre la inscripción de empresas y de afiliación, altas y bajas de los trabajadores, señala el Tribunal que son actos que inciden directamente en la obligación de cotizar, por lo que no pueden entenderse ajenos al régimen económico de Seguridad Social, (...) Permitiendo a la Comunidad Autónoma realizar actuaciones concretas para el cumplimiento de los deberes, aunque el ejercicio de estas competencias ha de realizarse dentro de las normas básicas y uniformes que establezca el Estado, respetando la facultad ejecutiva de éste que asegure la comunicación inmediata de esos actos para que tengan efectos dentro del sistema de seguridad social, así como, el control de los correspondientes deberes en tanto afectan al cumplimiento de obligaciones recaudatorias (...). El Tribunal afirma que son competencia exclusiva del Estado las facultades de distribución temporal y espacial de la disponibilidad dineraria de los propios fondos, la previsión de pagos, las provisiones de fondos y la ordenación de pagos. Estas competencias, exclusivas del Estado han de respetar las competencias*

Por otra parte, sobre la materia económica del sistema de seguridad social no debe en los actuales términos constitucionales plantearse discusión alguna, puesto que la CE considera que el régimen económico sea considerado competencia estatal con base en el principio de caja única.

El sistema de seguridad social exige aplicabilidad del principio de solidaridad e igualdad territorial, cuya garantía, vía artículo 138 CE, asume el Estado. Este precepto es vinculante para todos los poderes públicos por lo que para ninguna autonomía puede implicar privilegios económicos y sociales. Dicho de otra forma, las Comunidades Autónomas podrán asumir las competencias en cuanto a la gestión de las prestaciones y servicios dentro del concepto de seguridad social, pero manteniendo el principio de solidaridad que pasa por respetar el ámbito competencial autonómico, que sin buscar la uniformidad no puede ser causa de desventajas regionales para las mujeres españolas[129].

Finalmente, el equilibrio y la solidaridad interterritorial exigen que el Estado juegue un papel garante de la observancia de los derechos sociales, a la par que se da eficacia a la igualdad de sexos. En esta línea, el mapa competencial de las Comunidades Autónomas debe ser respetuoso con la consideración del valor supremo constitucional de la igualdad de la ciudadanía española en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones[130].

Como hemos referido, esta situación no ha evitado que surjan conflictos de competencia entre las Comunidades y el Estado. Sirva para dar cuenta, la STC 239/2002, de 11 de diciembre que tiene el contexto siguiente, el Estado tiene competencia en materia de seguridad social y las Comunidades de acuerdo al artículo 148.1.20 CE pueden asumir competencias en materia de asistencia social. El tema

---

autonómicas, de forma que los pagos derivados de la gestión de los servicios de la seguridad social asumidos por la Comunidad Autónoma han de ser ordenados por ésta y a los órganos que correspondan, previa a la correspondiente habilitación de fondos por la Tesorería General de la Seguridad Social, de acuerdo con el régimen establecido por la legislación del Estado", RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN Y ELORZA GUERRERO, FERNANDO, *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional.* En XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Tecnos, 2001. A este respecto, TOMAS Y VALIENTE, F., *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Madrid, Tecnos, 1988.

[129] De esa misma manera STC 37/81, de 16 de noviembre y STC 239/2002, de 11 de diciembre.

[130] Afirma la STC de 32/1981, de 28 de julio: "*Prestaciones mínimas que deben proporcionarse por igual a todos los ciudadanos, (..) considerando que la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material y, en consecuencia, esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente".*

objeto de resolución es la concesión de complementos económicos extraordinarios para las pensiones no contributivas por la Comunidad de Andalucía ante el incremento insuficiente, que considera la Comunidad se ha fijado para este tipo de pensiones no contributivas de nivel estatal.

Anteriormente, estos dos términos, asistencia social y seguridad social, no habían planteado la posibilidad de confusión, puesto que el sistema de seguridad social se determinaba con una base contributiva en la exigencia de previas cotizaciones, mientras que la asistencia social se dispensaba al margen de toda obligación contributiva[131]. En la confección del sistema público constitucional para dar debido cumplimiento al artículo 41CE se promulga la Ley de pensiones no contributivas 26/1990, de 20 diciembre dentro de la competencia estatal en materia de seguridad prevista en el artículo 149.2.17 CE.

En esta medida, se suscita la controversia sobre si los complementos autonómicos que otorgan las Comunidades Autónomas a las pensiones no contributivas suponen una interferencia en el ámbito de competencia del Estado en materia de seguridad social o bien, se encuentran en el marco de sus competencias autonómicas.

A este respecto, la STC 239/2002, de 11 de diciembre resuelve que los complementos autonómicos no forman parte de la naturaleza jurídica del sistema de seguridad social[132]. En esta medida, el TC opta

[131] En este sentido se manifiesta la STC 76/1986, de 9 de junio. La STC 171/1998, de 23 de julio (FJ 3) considera que la asistencia social queda fuera del sistema de seguridad social.

[132] La resolución de TC 239/2002 de 11 de diciembre, afirma: "*Las prestaciones de la seguridad social, conforman un entramado dirigido a la cobertura de riesgos y a la atención de otras situaciones de necesidad, que presenta una tendencia de unidad y estabilidad en el tiempo y en el conjunto del territorio nacional, configurando un sistema que busca la estabilidad, unidad en el tiempo y en el conjunto del territorio nacional, régimen público e imperativo dirigiendo a paliar situaciones de necesidad, de modo que presenta una determinada estructura protectora de los ciudadanos, (STC 103/1986, de 16 de julio, FJ6); STC 65/1987, de 21 de mayo FJ17; STC 134/1987, de 21 de julio, FJ4 y STC 537/1994, de 10 de febrero FJ4 y STC 206 /1997, de 27 de noviembre FJ5), por el contrario, las prestaciones de las Comunidades Autónomas, puedan otorgar en materia de asistencia social no exigen ser caracterizadas por su integración en un sistema unitario y permanente ni en el tiempo ni en el espacio, pues la exclusividad de esta competencia permite a aquellas optar por configuraciones diferentes en sus territorios respectivos, en definitiva, se admite que las Comunidades Autónomas pueden tomar decisiones sobre el reconocimiento de prestaciones de la seguridad social, pero, también, las Comunidades Autónomas, para evitar su vaciamiento de competencias de las mismas, sin perjuicio de que el Estado siempre podrá adoptar medidas que resulten convenientes para evitar los posibles efectos disfuncionales que pudieran producirse en dicho sistema como consecuencia de la acción normativa de las Comunidades Autónomas*". El voto particular de DON VICENTE CONDE MARTÍN DE HIJAS, al que se adhiere DON JAVIER DELGADO BARRIO, discrepa de la consideración de la seguridad social como sistema contributivo, considera que la asistencia social no debe completar prestaciones de la seguridad

por la vía más sencilla, que es plantear su constitucionalidad desde la asistencia social, y así, considera que estos complementos forman parte del concepto de asistencia social al ser financiados por los fondos de la Comunidad y no por fondos estatales, y, por consiguiente, deben entenderse dentro de política social autonómica[133].

De esta manera, en esta consideración se sitúan dentro del ámbito de competencias de las autonomías las prestaciones destinadas a garantizar ingresos mínimos, a la lucha contra la pobreza y diversas medidas para alcanzar la igualdad económica y social entre la ciudadanía. Así como establecer asistencia social para mejorar e incrementar las prestaciones concedidas en el marco del sistema de seguridad social a nivel estatal. Dicho de otro modo, estas acciones se conciben en el marco de la competencia autonómica referida a la asistencia social a través del artículo 148.1.20 CE.

Concluyentemente, y al margen de los debates existentes al respecto, la atribución al Estado de las competencias en materia de seguridad social debe asegurar una protección jurídica común para todo el territorio nacional, que en el caso de las prestaciones no contributivas deben de tener un carácter básico. No obstante, las Comunidades en el marco de la competencia de asistencia social y en el desarrollo de las bases de seguridad social tendrán capacidad para mejorar la protección con cargo a sus presupuestos[134].

---

social, sino suplementar al alza las prestaciones de la seguridad social, concebidas desde el principio de la solidaridad. www.tribunalconstitucional.es

[133] Sin embargo, como señala SAENZ ROYO, los beneficiarios de ambas prestaciones son las mismas personas y la situación de necesidad que se pretende atender es la misma, considera que no es determinante quien financie estos complementos, ni es determinante su carácter extraordinario puesto que en el sistema de seguridad social también, existen pensiones temporales. Por este motivo considera la autora que el TC incurre en incorrecciones sin delimitar la naturaleza jurídica de estos complementos, de esta forma, "*el concepto de seguridad social manejado pro el artículo 149.1.17 CE se refiere al sistema de protección social bismarquiano vinculado al trabajo. Además, sólo desde el concepto contributivo de la seguridad social puede entenderse el mantenimiento de la unidad de caja del sistema que proclama el artículo 149.1.17 CE, unidad que sólo afecta a los fondos procedentes de las cotizaciones sociales y a las prestaciones cubiertas principalmente con ellas". De tal manera, que esta autora considera que las pensiones no contributivas y los complementos a las misma no se incluyen dentro del sistema de seguridad social, sino en el esquema de bases/desarrollo*", SAENZ ROYO, EVA, "Prestaciones no contributivas y Comunidades Autónomas. Un comentario crítico a la STC 239/2002, de 11 de diciembre", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 124, 2004.

[134] SAENZ ROYO, EVA, "Prestaciones no contributivas y Comunidades Autónomas. Un comentario crítico a la STC 239/2002, de 11 de diciembre", *Op. cit*., pág. 276.

Debe de señalarse que esta posibilidad puede dar lugar a serias desigualdades territoriales y, así, se puso de relieve en los votos particulares de la citada sentencia. Porque, por un lado, puede ser utilizada por el poder público estatal para trasladar de forma encubierta a las Comunidades Autónomas el amparo de las necesidades protegidas por las prestaciones no contributivas, y por otro lado, puede nuevamente dar lugar a graves diferencias en las mismas dependiendo del lugar de residencia de las beneficiarias, ya que no todas las autonomías tienen la misma disponibilidad económica.

Esta nueva gestión y organización territorial debe evitar privilegios de dimensión social por residencia o bien, por vecindad civil. Es decir, se debe de tratar de impedir que las mujeres sean discriminadas no sólo por su sexo, sino por el lugar de residencia. Con esta nueva organización territorial deben coexistir los principios de solidaridad e igualdad, reclamando un equilibrio justo y adecuado entre las diferentes Comunidades Autónomas, porque, no es lo mismo ser mujer en Zamora o Teruel, que en Valencia o Madrid.

Las grandes ciudades dan un mayor número de posibilidades, de oportunidades a las mujeres, menor control social y mayores recursos económicos que permiten un mayor compromiso público en la igualdad de sexo por contar con mayores presupuestos las Administraciones correspondientes. Mientras que las mujeres en las localidades pequeñas sufren las desventajas genéricas de ser mujeres en un mundo hecho por y para los hombres, desventajas que se ven agravadas con inferiores posibilidades de elegir y de ejercer sus derechos desde la libertad. Por lo tanto, hablar de igualdad debe suponer, también hablar de solidaridad territorial[135].

Asimismo, los derechos sociales por estar ligados a la disponibilidad económica de los poderes públicos pueden verse acosados por una mala gestión en la descentralización territorial, que desemboquen en la duplicidad de competencias y cree un clima de inseguridad con mayor riesgo de

[135] Se refiere, PÉREZ VILLALOBOS, "*Para conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, entre grupos étnicos – lingüísticos, entre confesiones religiosas, entre las clases sociales, entre septentrionales y meridionales, entre trabajadores de la ciudad y el campo etc., no basta, ciertamente, con suprimir las discriminaciones, que en el pasado han contribuido a deteriorar la situación de unos, favoreciendo la de otros, sino que es necesario, además abolir las discriminaciones que reglas operantes hacia el futuro, remover, en la medida de lo posible, las consecuencias de hecho que de ellas han derivado o continúan derivando".* PÉREZ VILLALOBOS, MARÍA CONCEPCIÓN, *Estado Social y Comunidades Autónomas,* Madrid, Tecnos, 2002, pág. 89.

confusión, ineficacia e ineficiencia. Por ello, la importancia de una coordinación entre las Administraciones públicas[136]. En este punto, se une la necesidad de dar sentido material a la igualdad de sexos y a la aplicabilidad del sistema de la seguridad social en una nueva ordenación territorial como piezas de la misma entidad, esto es, el Estado social que asume un nuevo orden social y económico[137].

Esta preocupación por evitar desigualdades entre las Comunidades Autónomas se hace patente cuando se analizan las cifras, que muestran la tasa de empleo por Comunidad y sexo en cuanto se aprecian enormes diferencias de la situación de las mujeres en las diferentes Autonomías.

Así, se observa que en Madrid, Cataluña, Comunidad Valenciana, Navarra, País Vasco tienen una tasa de actividad femenina por encima de la media nacional, frente a Asturias, Castilla-León, Castilla La Mancha, Ceuta y Melilla que tienen una tasa por debajo de la media nacional. Además, son las Comunidades de Andalucía, Cantabria, Castilla La Mancha, Extremadura, Murcia, Ceuta y Melilla las que presentan mayores diferencias entre las mujeres que trabajan y los varones-trabajadores. Aunque, la evolución en la última década es una clara tendencia en la que se muestra que las diferencias de los índices de actividad entre hombres y mujeres tienden a reducirse[138].

En este mismo sentido, la tasa de paro por Comunidad Autónoma y sexo muestra que el índice de las mujeres en paro es más del doble que el índice de paro masculino. Sin embargo, las mayores diferencias son en Andalucía, Castilla y León, Castilla La Mancha, Extremadura, Galicia, Ceuta y Melilla, Canarias. Se ha producido un aumento generalizado de esta diferencia en defecto de la posición de las

---

[136] Sobre este punto considera, CASCAJO CASTRO, "*Los derechos económicos, sociales y culturales pueden entenderse "como los derechos de cualquier ciudadano a una directa o indirecta prestación positiva" por parte de los poderes públicos, en función de la participación en los beneficios de la vida en sociedad o de la actuación del principio de igualdad*", CASCAJO CASTRO, *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1988, pág.48.
[137] Consultar STC 154/1988, de 21 de julio, (FJ 3).
[138] Instituto de la Mujer. Fuente: Elaboración propia con los datos de población activa. INE. III Trimestre del 2005. www.mtas.es/mujer/mcifras

mujeres en el mercado de trabajo, salvo en la Comunidad de Aragón donde se ha reducido está diferencia debido a la incorporación de las mujeres en el sector de la agricultura[139].

De la misma manera, que las diferencias de ganancias económicas entre las Comunidades Autónomas muestran que éstas son más elevadas para ambos sexos en el País Vasco, Navarra, Cataluña y, Madrid, y menores ganancias en Extremadura. Con respecto de las mujeres su situación genérica es inferior a la del hombre, que salvo en las Comunidades mencionadas están por debajo de la media nacional. Con peor situación laboral destaca Galicia y Extremadura. Las diferencias son brutales en Andalucía hasta un 68,72%, y en Baleares, la diferencia es del 69,08%. En Cataluña del 70%, en Canarias se cifra en 72,15%, Extremadura 72,08%, y en Madrid 73,06%, la menor diferencia es en Aragón[140].

Por otra parte, se deben de tener en cuenta las ventajas que reclaman que sea posible que las Comunidades, dentro de sus competencias, mejoren las prestaciones del sistema de seguridad social. De tal forma, que como afirma SÁENZ ROYO, cuando una Comunidad mejora las pensiones conlleva dos consecuencias, por un lado, que promueve la igualdad efectiva de la ciudadanía y por otro lado, sirve de referente a otras Comunidades y, además, son exigibles por la ciudadanía a los miembros de su poder legislativo sirviendo para avanzar en la mejora de la protección social pública[141].

De ahí, la importancia del Fondo de Compensación previsto en el artículo 158.1 CE que tiene el objeto de mantener el equilibrio territorial con ayudas a las Comunidades menos capacitadas económicamente, porque no tendría sentido estar luchando por una igualdad de mujeres y hombres en la ley y ante la ley, e iniciar y abonar otro campo de discriminación según el territorio o localidad en la que se resida.

---

[139] Instituto de la Mujer. Fuente: Elaboración propia con los datos de la encuesta de población activa. INE. III Trimestre del 2005. www.mtas.es/mujer/mcifras
[140] Instituto de la Mujer, III Trimestre del 2005. www.mtas.es/mujer/mcifras
[141] SAENZ ROYO, EVA, "Prestaciones no contributivas y Comunidades Autónomas. Un comentario crítico a la STC 239/2002, de 11 de diciembre", *Op. cit.*, pág. 276.

No obstante, asignación prevista en el artículo 158 CE tiene un carácter extraordinario y no medio habitual de financiación de autonómico. Así, se establece en la Ley 22/2001, de 27 de diciembre que regula el Fondo de Compensación Interterritorial. El fin de este Fondo es la garantía del principio de solidaridad que impone el artículo 138.1CE que obliga a la efectividad del principio del artículo 2 CE en cuanto a la exigencia de un equilibrio económico adecuado y justo[142].

En definitiva, la seguridad social establece un marco de protección constitucional estatal que, sin embargo, no se impide que el resto de las Administraciones mejoren la misma. Es decir, al igual que en la Unión Europa se permite a los Estados miembros alcanzar mayores cotas de bienestar social, las autonomías, también podrán hacerlo sirviendo de referente a las restantes autonomías e indicativo para las actuaciones de los Parlamentos autonómicos. No obstante, con un control exhaustivo que evite un trato diferencial que suponga un quebranto constitucional del artículo 9.2 y del artículo 139 en cuanto a la garantía de la igualdad y solidaridad constitucional.

Por otro lado, la necesidad de sistematizar las competencias descentralizadoras con la exigencia de igualdad y solidaridad hacen lícito que el Estado mantenga un criterio único para todas las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales, que reclaman la exigencia de medidas, máxime, cuando los datos estadísticos muestran graves diferencias coyunturales y estructurales entre las Comunidades.

En este orden corresponde dar cuenta de las obligaciones que en materia de igualdad asume la Administración local de acuerdo al artículo 9.2 CE, que es, sin solución de continuidad, un mandato a los poderes públicos con el propósito de alcanzar la igualdad real y efectiva de la ciudadanía. Se evidencia la

[142] En esta nueva regulación se concreta que las ayudas no se otorgarán a todas las Comunidades como sucedió con la Ley 7/1984, de 31 de marzo, ni en los términos de la Ley 29/1990, de 26 de diciembre en cuanto a que se concedían a las Comunidades más desfavorecidas tomando como referente la concesión de los Fondos de cohesión, y el Fondo social europeo. Con la nueva ley, los Fondos de Compensación tienen el objetivo de invertir en los territorios menos desarrollados para crear renta y riqueza, y se distinguen: el Fondo de Compensación y el Fondo Complementario. La Ley mantiene los criterios de distribución del Fondo entre Comunidades Autónomas que se habían aplicado en la etapa anterior. Esto es, con arreglo al artículo 4º de la Ley 22/2001 de concederán Fondos con los criterios siguientes: población relativa, saldo migratorio, desempleo, superficie y dispersión territorial de la población; corregidos con la aplicación del criterio de la inversa de la renta por habitante y el de insularidad.

vinculatoriedad de los poderes locales en los problemas sociales de las mujeres dando cercanía a la solución de estos problemas.

De tal manera, que siendo las provincias, conforme al artículo 141 CE, competentes para el cumplimiento de las actividades estatales en su marco, por lo tanto, serán las corresponsables de los proyectos que se adopten al objeto de inserción de las mujeres en el mercado de trabajo. Aunque en la actualidad, estos planes políticos provinciales se encaminen principalmente a la atención de los problemas sociales de las mujeres en situación de exclusión económica y social, con objeto de que las posibles soluciones sean más efectivas por la cercanía de los órganos locales a las mujeres.

Este marco de la Administración local, tanto municipal como provincial ha sido la principal responsable de las prestaciones de beneficencia y ayuda social. Primer paso en la garantía de los derechos sociales que se han visto materializados en el orden educativo y asistencial. Asimismo, los Municipios deberán, también, prestar servicios sociales, educativos, culturales y de promoción e inserción laboral y social.

En la exigencia del interés general se hace preciso hablar de coordinación, de un método para la colaboración de todas las organizaciones territoriales, y de participación con los objetivos y medios que deben ser entendidos como la fijación de instrumentos y de sistemas de relación que hagan posible la información reciproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y las autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo, que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema.

En estos términos ha señalado la STC 32/1983, de 28 de abril que, "*la coordinación para integrar la diversidad en el sistema, debe ser entendida en la no expropiación de las competencias otorgando ayudas, crear métodos de participación, con programas de prevención, promoción, prestaciones, organización de servicios, y colaboraciones, asistenciales".*

El tema de la coordinación y la colaboración entre las Administraciones vuelve a ser tratado por el Pacto de Toledo de octubre del 2003 con el objeto de intensificar la interrelación de las mismas. De esta

forma, la participación de distintas Administraciones crea una malla de coordinación social en la nueva forma de organización territorial[143].

En conclusión, el texto constitucional reconoce como valor constitucional el derecho a la autonomía de las regiones, pero, también se garantiza constitucionalmente la solidaridad e igualdad real y efectiva entre los ciudadanos/as. De tal manera, que estos valores se deben hacer presentes en el ámbito competencial estatal y autonómico, exigiendo la intervención quirúrgica de los poderes públicos para la protección jurídica de los derechos sociales de la forma más óptima y de acuerdo al contenido constitucional.

1.5.4. La mediación de los convenios colectivos en la determinación del contenido del derecho de la seguridad social. aplicación a los contenidos convencionales sobre género

Con relación a la materia que está siendo objeto de estudio, y sin perjuicio de su profundización en el capítulo segundo, se hace preciso señalar que el Convenio Colectivo es la manifestación de la autonomía de los grupos sociales en la fijación de las condiciones laborales.

La norma convencional es parte del ordenamiento jurídico social al ser por el derecho del trabajo concebida como fuente del Derecho, que regula las relaciones laborales a tenor del artículo 3.1b) del Estatuto de los trabajadores, aprobado por el Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo.

De esta manera, sin pretender entrar a analizar la posición en el ordenamiento jurídico español del Convenio Colectivo que excede el tema de nuestro trabajo, este sistema de fuentes sirve para dar cuenta

[143] STC 74/1983, de 30 de julio: "*Consiste en la colaboración entre Administraciones territoriales, un deber reciproco de información que no incide en el sistema de distribución de competencias puesto que debe entenderse como una consecuencia del principio general de colaboración que debe presidir las relaciones entre el Estado y las Comunidades autónomas, STC 18 /1982, de 4 de mayo, este deber de colaboración se contempla en el articulo 2 de la Ley del proceso autonómico, que permite al gobierno recabar la información que precise y en los artículos 4.1.c), de la Ley 30/1992 y 55 de la Ley de bases de régimen local, este deber se concreta en la solicitud de datos, documentos, datos probatorios, que sólo puede ser desatendidas en los supuestos tasados de perjuicio grave a los intereses o al cumplimiento de sus funciones*".

de que los Convenios Colectivos tienen el reconocimiento y la protección constitucional en los términos del artículo 37CE.

En efecto, el constitucionalismo social español fija el reconocimiento del poder normativo de los agentes sociales. El límite a este poder normativo se establece en el propio contenido de la Carta Magna de acuerdo al artículo 9.1 CE que considera que todos los poderes públicos, los agentes sociales son poderes públicos, deben de estar sometidos a la Constitución como norma jurídica suprema.

Esto es, la protección a las mujeres debe de ser atendida en las normas paccionadas para dar eficacia a la participación social que preconiza el artículo 129.1 CE. De esta forma, desde la propia acción social estatal se deberá fomentar la intervención y la sensibilización de los agentes sociales y políticos a favor de la igualdad de sexos, y sin desconocer la importancia de cubrir tal objetivo de protección jurídica a las trabajadoras promoviendo la armonización de la vida familiar y profesional de las trabajadoras. A este objetivo es esencial la incorporación de las mujeres a los proyectos que se elaboren a este respecto.

El orden normativo convencional proporciona al orden laboral su peculiaridad, pues la normativa paccionada pretende dar cabida a la autonomía de las partes con los términos marcados por el ordenamiento constitucional y legal. De esta forma, le da pleno reconocimiento al poder normativo de los agentes sociales, porque, aunque se mantiene la primacía de los contenidos legales, se utiliza la norma convencional en razón de su capacidad de flexibilidad y dinamismo para atender a las nuevas realidades socioeconómicas que inciden en el marco sociolaboral.

Este reconocimiento de la negociación colectiva en la Constitución es algo novedoso, es un elemento esencial en la ordenación de las relaciones laborales, por ello, el Estado debe de compatibilizar la función ordenadora y conformadora del derecho a la negociación y, por otro lado, debe de otorgar garantía jurídica al resultado de la negociación colectiva.

En esta medida, la previsión pública de un sistema social y la intervención estatal con técnicas administrativas, económicas y sociales no impide respetar la posible participación de los agentes

sociales. De este modo, desde el propio ordenamiento se ha generado que sean los empresarios/as y los representantes de los trabajadores/as quienes regulen sus relaciones laborales.

Por lo descrito, los Convenios Colectivos son actos que tienen carácter normativo y proporcionan al poder judicial normas para decidir el caso, pues de cumplirse con los requisitos establecidos al respecto se consideran norma entre las partes de obligado cumplimiento. Asimismo, es una manifestación de la legitimización de las asociaciones de empresas y sindicatos en la participación de la defensa de sus derechos e intereses en orden a lo establecido en los artículos 7, 9.2 y 131 CE.

En suma, el Convenio Colectivo es, en primer lugar, una institución protegida constitucionalmente por el artículo 37, en segundo lugar, se entiende que esta norma convencional es el resultado de la participación social de los agentes empresariales y sindicales de acuerdo a los artículos 7 y 131, y en tercer lugar, los Convenios se perfilan como normas en el sistema de fuentes de derecho laboral y se implementa como normas para imponer determinadas reglas jurídicas en las relaciones entre trabajadores/as y empresarios/as en función del artículo 3.1b) ET.

En referencia a la relación de la norma legal y el Convenio Colectivo no será establecida sobre la base del principio de jerarquía propiamente dicho, puesto que en el caso de concurrir ambas normas en un supuesto será de aplicación el principio de la norma más favorable al trabajador/a[144]. No obstante, la STC de 30 de abril de 1985 considera que ley es jerárquicamente superior, y debe el Convenio respetar el derecho necesario viéndose limitado el contenido convencional por los términos legales, e incluso, la ley puede reservarse para sí misma determinadas materias.

En definitiva, en la actualidad, el Convenio Colectivo no tiene un papel secundario, y por lo tanto, se debe de conjugar la intervención estatal en las relaciones laborales. Por otra parte, el Estado debe de intervenir mediante ley garantizando y respetando el contenido convencional desde la primacía de la ley.

[144] Consultar a este respecto debe de ser examinada la obra de F. PÉREZ ESPINOSA, "La relación Ley y convenio colectivo: a propósito de la vigencia de la ley de jornada máxima de 29 de junio de 1983", *REDT*, 1983, num.16, pág. 525. En esta misma línea ha sido manifestado J.A. SAGARDOY, *La eficacia de los convenios colectivos y su contenido en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, IES, 1984, pag. 54. y VVAA., "Interrogantes del derecho colectivo postconstitucional en España", *RT,* núm. 73 monográfico sobre este tema, 1984.

En la Constitución española, el papel de los Convenios es destacado ya no sólo como suplemento al entramado legal, sino como complemento de aplicación prioritario desde el principio de la norma más favorable. Siendo este criterio por excelencia aplicable al conflicto normativo de orden laboral de acuerdo al artículo 3.3 del ET.

Asimismo, en el mencionado acápite abordamos la contribución de la negociación colectiva al proceso complejo de dar efectividad al principio de igualdad de mujeres y hombres. En efecto, los Convenios colectivos muestran una evolución sobre la nueva ordenación de las relaciones laborales como otra respuesta del constitucionalismo social moderno al decidido reto de reequilibrar el contenido de los derechos sociales de las mujeres. Especialmente, facilitando instrumentos que permitan la conciliación de la vida familiar y profesional de forma que las mujeres no deban pagar un tributo por ser madres y desear tener una carrera profesional.

No obstante, de forma sucinta anticipamos *la importancia de las normas paccionadas en el marco de la igualdad de género*. Así, este objetivo es uno de los fines de las organizaciones sindicales como recoge el Acuerdo de Negociación Colectiva para el 2003; entre los compromisos adoptados se encuentra la adopción de medidas para fomentar la igualdad de oportunidades y tratar de eliminar las desigualdades en el empleo que sufren las mujeres justificadas en la diferencia de sexo. De esta forma, los agentes sociales y económicos contribuyen a la igualdad de trato en los términos constitucionales; pero, al mismo tiempo son igualmente responsables de intervenir para estrechar la brecha existente para las mujeres entre su igualdad de facto y su igualdad formal[145].

En síntesis, con esta contextualización de la realidad jurídica del sistema de la seguridad social en el marco del Estado social, y la concepción de la seguridad social como derecho prestacional se evidencia la responsabilidad del Estado social de proporcionar adecuadas prestaciones y suficientes servicios para garantizar el bienestar social. Además, de permitir que el concepto de inseguridad sea sustituido por el concepto de seguridad y el individualismo por la solidaridad colectiva. En consecuencia,

[145] ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO Y OTROS AUTORES, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

esta dimensión sustentadora del modelo de ciudadanía social se presenta más allá de la igualdad formal ante la ley y responde a la igualdad social material.

II. LAS MUJERES Y EL MERCADO DE TRABAJO

"En cuanto a los privilegios del sexo, renuncio solemnemente a ellos, por haber notado que cuestan más que valen" [146].

2.1. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LAS MUJERES EN EL MERCADO DE TRABAJO

2.1.1. Planteamiento general

Precisamente, en el contexto anteriormente citado es en el que se debe de situar la regulación jurídica del derecho y el deber de trabajar. El trabajo es concebido como el medio para que las personas puedan satisfacer sus necesidades de forma digna y alcanzar el bienestar social, que es elemento fundamental del Estado social. Si bien, no vamos a profundizar en los problemas de las mujeres en el mercado de trabajo, pues no es el objeto de nuestro estudio, sin embargo, abordamos aquellos aspectos que consideramos que inciden en la configuración del sistema de la seguridad social, cuando son las mujeres las que se encuadran en su campo de aplicación[147].

Este derecho fue inicialmente referenciado en su consideración de factor de producción de un sistema según las características que reviste el fordismo en su combinación de división del trabajo, régimen de acumulación, y un modo de gestión y regulación en orden a procurar el beneficio empresarial. El paso del fordismo al posfordismo hace necesario un compromiso del Estado social en la regulación de los derechos sociales, y por ende, del derecho al trabajo. El cual se convierte en requisito preciso para dinamizar el propio funcionamiento de la economía social del mercado.

---

[146] ARENAL, CONCEPCIÓN. Citada por, MARTÍN–GAMERO, A., *Antología del feminismo, "Carta a Jesús Monasterio"*, Madrid, Alianza Editorial, 1975, pág. 125. En REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo, Op.cit.,* pág.77.
[147] Cfr. Bibliografía.

El derecho a trabajar es en su estructura jurídica, un derecho que tiene como consecuencias, el proteger el trabajo como instrumento para obtener calidad de vida, un status económico a la par que como herramienta transversal que permite el ejercicio y la realización de otros derechos fundamentales y, especialmente, para la disponibilidad de recursos que posibilitan el ejercicio del resto de los derechos económicos constitucionalmente reconocidos. No obstante, en este marco se amplía su consideración a la concepción de ser el medio para el desarrollo personal.

Sin perjuicio de ser abordado en el acápite siguiente, desde la perspectiva de la UE se ha concebido el derecho al trabajo como un derecho fundamental a favor de ser ejercido por las personas, y estableciendo una serie de obligaciones para los poderes públicos en aras de garantizar el pleno ejercicio de este derecho por hombres y por mujeres sin distinción de sexo. De esta manera, el artículo 15 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 ha recogido expresamente el derecho de toda la ciudadanía a ganarse la vida, y el derecho a ejercer una profesión libremente escogida.

El derecho al trabajo supone en sentido positivo el reconocimiento del trabajo como uno de los principales objetivos y responsabilidades de los Estados miembros, puesto que se considera que están llamados a asumir responsabilidades en orden a afirmar una estructura, que incorpore una acción que haga desaparecer las desigualdades entre las mujeres y los hombres en el ejercicio de sus derechos sociales.

A este respecto, a pesar de no ser derecho vigente debemos referenciar el Tratado por el que se establece la Constitución europea de octubre de 2004, ya que en orden al artículo II-75 de este texto constitucional se reconoce como derecho fundamental de la Unión Europea el derecho a trabajar y a ejercer libremente una profesión. Por ello, se muestra indiscutible el considerar como objetivo comunitario el fomento al empleo, y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo para la ciudadanía europea.

En el proceso de ordenación jurídica de los derechos sociales se implementa el desarrollo de un trabajo en el mercado laboral oficial, como determinante para otorgar el derecho de la protección social contributiva. Así como para consolidar el derecho a la igualdad de hombres y mujeres en el marco del contenido prestacional que brinda el sistema de la seguridad social español, tal y como vemos en el

capítulo quinto. Dicho de otro modo, a la ciudadanía social se le exige ser factor productivo, ya que es el elemento relacional que le permite acceder a un bienestar social en aquellas situaciones de necesidad referenciadas de forma genérica.

En España, con el constitucionalismo social, las mujeres españolas tienen plenamente garantizada su incorporación al mercado de trabajo, al amparo del derecho constitucional de trabajar a tenor de lo dispuesto en el artículo 35 CE[148]. La garantía del componente trabajo es uno de los elementos definitorios del Estado social, pues se reconoce en el mismo su consideración de fuente de ingresos para atender a las necesidades del individuo y de su familia de forma adecuada y suficiente.

El reconocimiento de este derecho social surgirá en el marco de la concepción del Estado social, que implica que el Estado español adquiere la responsabilidad de intervenir directamente en la vida socioeconómica, ordenando aquellos aspectos de la realidad económica y social que influyen en el ejercicio de este derecho a trabajar. Este derecho social es entendido como la obligación del Estado social de ser realizado a través de políticas de empleo, procedimientos y normas orientadas a que toda persona con deseos de trabajar, trabaje en condiciones dignas de acuerdo a lo que así es considerado por el constitucionalismo jurídico español.

Otra manifestación de esta responsabilidad estatal es la exigencia de garantizar que este derecho sea ejercido sin distinción de sexo. El Estado social tiene la responsabilidad de intervenir en el mercado de trabajo, a saber, queda legitimado para la adopción de medidas destinadas a la protección jurídica del derecho constitucional de todos los españoles y españolas a trabajar; que exige que el Estado se configure en el intermediario entre el mercado productivo y mercado de trabajo. Este derecho constitucional a trabajar hace responsable al Estado social de establecer dispositivos jurídicos, que promuevan las condiciones sociales y económicas adecuadas para que trabajadores y las trabajadoras puedan desarrollar su trabajo de forma digna, y de acuerdo al derecho fundamental de igualdad de sexos.

---

[148] Artículo 35 CE: "1.*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo. 2. La ley regulará un estatuto de los trabajadores".*

La protección que se propone a este derecho social como señaló el TC "*no se agotan en la libertad de trabajar"*[149]*.* De esta forma, se debe establecer un proceso de garantía judicial en los supuestos de violación de este derecho al trabajo, que se aúna al proceso de amparo cuando está implicado el derecho de la igualdad de mujeres y hombres. Por eso, el legislador tiene la obligación de garantizar que las mujeres ejerzan su derecho a trabajar en igualdad de condiciones, reclamando la obligación de protección efectiva frente a las afectaciones arbitrarias que violan en cualquiera de sus vertientes el derecho a trabajar ejercido por las mujeres.

Este precepto 35 CE se convierte en un derecho y en un deber social para la ciudadanía a la par que para el Estado social es un deber de amparo a la acción individual, porque, también es su obligación dar protección jurídica a su ejercicio, y enfrentarse a las circunstancias que lo dificulten o impiden. La lógica social de este derecho de trabajar implica no sólo el trabajo en sí mismo, sino el derecho a la libre elección de profesión u oficio, e implícitamente conlleva un derecho de acceso al empleo en condiciones de igualdad de oportunidades para los hombres y las mujeres, y, por consiguiente, la eliminación de cualquier tipo de limitación a su ejercicio, siendo inconstitucional la discriminación por razón de género.

En esta medida, "*en términos generales, con el paso del Estado Liberal al Estado Intervencionista se romperá la separación entre el Derecho Público, único terreno en el que se planteaba la cuestión de la igualdad, y el Derecho Privado, gobernado por la libertad contractual, y donde la discriminación social puede desarrollarse (...). La inclusión de las discriminaciones sociales (o realizadas por particulares) constituye un proceso de cambio conectado con la disminución de la libertad contractual, el desarrollo de las leyes laborales de tutela, el derecho colectivo del trabajo, y el reconocimiento de los derechos fundamentales entre los particulares"*[150]*.*

En este sentido, aunque se habla de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo desde la década de los setenta, lo cierto es que las mujeres han estado siempre trabajando. Con todo, en las últimas décadas, las mujeres van tomando la posición que les correspondía en el mercado de trabajo

[149] STC 22/1981, de 2 de julio, (FJ.8).
[150] Para ampliar esta cuestión se debe de consultar la obra de SAEZ DE LARA, C., *Las mujeres y el mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas,* Consejo Económico y Social, Madrid, 1994, págs 45-46.

oficial, que les había sido negada como vemos en el capítulo cuarto. Así, las mujeres en este momento se han hecho visibles en mayor número y en todos los sectores productivos del mercado.

Las mujeres, en el constitucionalismo social, ven reconocido su derecho y deber de trabajar como medio para obtener recursos económicos para su subsistencia, y como instrumento para lograr su desarrollo personal; ambos aspectos sólo estaban reservados en tal consideración a los hombres.

Aunque se debe de vislumbrar como un punto de inflexión en la historia social la afluencia de las mujeres al mercado de trabajo, sin embargo, la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo no disfruta de un pleno ejercicio de su derecho a trabajar al verse afectadas por inestabilidad y precariedad en su vida laboral. Eso es, la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo no ha ido acompañada de la abolición de las desigualdades de sexo, de esa forma, las mujeres siguen siendo víctimas de discriminación laboral.

En palabras de MARUANI, "*En efecto, a pesar de todas las transformaciones que hayamos podido observar, el lugar que ocupan las mujeres en el mundo del trabajo no se corresponde con su peso dentro de la población activa y su papel en el funcionamiento de la economía. Esta brecha no ha hecho más que aumentar en los últimos tiempos*" [151].

Los últimos cambios económicos y empresariales han afectado a esta presencia de las mujeres en el mercado de trabajo, que siguen siendo víctimas de una discriminación social debido a la desigualdad de sexos que se relaciona con el tipo de trabajo que está presente en la actualidad en el mercado de trabajo para las mujeres. Como vemos en el apartado siguiente, los datos así lo demuestran, su situación laboral se caracteriza por un trabajo estacional e inestable que en sus diversas formas de organización obliga a trabajar en distintas empresas de manera temporal. Así como en la concreción de las condiciones de trabajo que se implementan dispensando un trato de desigualdad entre las mujeres y los hombres.

---

[151] MARUANI, MARGARET y CHANTAL, ROGERAT y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado de trabajo,* Madrid, Icaria, 2000, pág.18.

Dicho de otra manera, "*las mujeres se encuentran normalmente en los sectores de menor peso económico y en las categorías laborales más bajas y peor remuneradas. Incluso cuando desarrollan tareas similares soportan discriminación salarial. Las ocupaciones laborales donde la mujer tiene mayor y casi exclusiva presencia, son aquellas en las que se produce una prolongación de las tareas tradicionalmente asignadas a las mujeres en el ámbito familiar-social: educación, sanidad, textil, servicios de limpieza, restauración y hostelería Existe una desvalorización del trabajo desempeñado por mujeres que, junto al desajuste entre el nivel de formación y los puestos de trabajo ocupados por ellas y las escasas probabilidades de promoción, genera insatisfacción y desmotivación"*[152].

Los estereotipos y roles históricos y culturales continúan siendo discriminatorios para las mujeres, por cuanto conllevan un trato que desemboca en diferencias en el tratamiento político, económico y social entre las mujeres y los hombres. El trabajo de las mujeres sigue estando peor valorado que el de los hombres al verse afectado por una serie de estereotipos sexuales, que hacen persistir la diferencia de "lo masculino y lo femenino" en el contexto del mercado de trabajo. Del mismo modo, que sirve para hacerles titulares de derechos en inferioridad de condiciones con respecto de aquellas atribuidas a los hombres por la realización del mismo trabajo[153].

Hemos de señalar que el propio artículo 35 CE, en su consideración del trabajo como medio que debe desarrollar el individuo para "*satisfacer sus necesidades y las de su familia",* encierra la concepción tradicional del "trabajador-hombre" como el sostén económico familiar, puesto que mantiene esa consideración de que es el hombre el responsable de trabajar fuera del hogar para poder de esa manera mantener a su familia, e implícitamente se considera que el trabajo de las mujeres es secundario. Como vemos en el apartado siguiente, este concepto de "trabajador" fordista es confirmado por las estadísticas actuales, en virtud de las cuales se puede indicar que las mujeres continúan afectadas por la masculinización de la relación laboral en los distintos elementos que la definen.

---

[152] "Reflexiones de la Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO", *Revista Trabajadora,* de la Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO, núm. 14, IV Época, de diciembre de 2004. www.ccoo.es/sindicato/mujer.html

[153] La discriminación salarial sigue persistiendo como señala CAÑAS, GABRIELA, "Un abismo salarial entre los hombres y mujeres", *El País,* 6 de febrero 2005.

A todo ello se une la capacidad de las mujeres de ser madres, que continúa siendo uno de los principales frenos a su consideración de sujeto de derecho en el mercado de trabajo. Vale decir, que la maternidad y el atender a estas responsabilidades familiares se siguen creyendo como algo que concierne solamente a las mujeres. En los momentos actuales las mujeres sin dejar de atender a las tareas del hogar y al cuidado de los miembros de la familia "pueden" desarrollar un trabajo que complemente la economía doméstica.

Las mujeres se ven afectadas por su estado civil y por su condición de madres, puesto que persisten los prejuicios en el momento de la contratación a las mujeres, ya que se considera que estos compromisos familiares van a predominar sobre sus obligaciones profesionales, y las trabajadoras por tales motivos registrarán un mayor absentismo laboral y una menor implicación en los objetivos de la empresa a la vez que se traducirían en costes adicionales para el empresario/a.

Con todo lo indicado y como vemos a lo largo de este capítulo, aun reconociendo las normas legales y convencionales los mismos derechos laborales a todos los trabajadores y trabajadoras con independencia de su sexo, lo cierto es que en la práctica las mujeres continúan recibiendo un trato discriminatorio en el marco de la relación laboral. En definitiva, con relación al mercado de trabajo puede señalarse que, aunque las mujeres sean iguales a los hombres en el reconocimiento de los derechos sociales, el trato a las trabajadoras siguen siendo desigual en una realidad donde la igualdad de mujeres y hombres está lejos de ser alcanzada, tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo del mismo.

Por consiguiente, la importancia de la intervención legal y del control judicial al respecto de adoptar una política de protección de la igualdad de las mujeres en el mercado de trabajo. En estas condiciones, su objetivo debe ser la neutralización de las barreras y obstáculos existentes para dar efectividad a la igualdad de oportunidades y de resultados en el trabajo de ambos sexos. De tal modo que el empresario/a no pueda utilizar el sexo como criterio diferenciador en cualquier momento de la relación laboral, pues en el caso contrario se da lugar a una discriminación directa o indirecta a los derechos sociales de las mujeres.

El objetivo de la igualdad de sexos en materia social sigue haciendo preciso adoptar un enfoque multidimensional que incluye, tal y como vemos en los apartados siguientes de este capítulo y a lo largo de este trabajo, medidas destinadas a promover su acceso al empleo, su desarrollo profesional, y la igualdad de retribución por el mismo trabajo o trabajos de igual valor con respecto de los hombres. Igualmente, medidas con el fin de incentivar el espíritu empresarial femenino y hacer preciso que en el marco de la educación se plantee la enseñanza en la igualdad de mujeres y hombres. También, se hace necesario que la igualdad de las mujeres y los hombres se efectúe con medidas destinadas a la conciliación entre la vida personal y laboral, tanto de los hombres como de las mujeres.

Por último, la funcionalidad al sistema del trabajo no remunerado efectuado por las mujeres, como vemos en el capítulo quinto, reclama una protección social, porque ese trabajo que desarrollan las mujeres durante siglos como amas de casas y cuidado de todos los familiares ha puesto de relieve las deficiencias de la estructura pública social para cubrir los espacios y tiempos, que hasta el momento, de manera habitual, son asumidos por las mujeres de forma gratuita.

No podemos terminar este apartado sin señalar que la necesidad de un trabajo remunerado, dentro o fuera del hogar, para las mujeres es vital, porque sólo desde la independencia económica podrán las mujeres tomar libremente sus decisiones y poder desarrollar sus intereses y deseos personales y profesionales sin dependencia de ningún tipo. En palabras de Maruani, "Para ellas, el derecho al trabajo asalariado significaba la libertad de existir fuera de una posición de subordinación doméstica"[154].

2.1.2. Dificultades con las que se encuentran las mujeres en el ejercicio de su derecho constitucional a trabajar

2.1.2.1. Análisis estadístico

En la actualidad, la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo en las diferentes profesiones y en diversos tipos de puestos de trabajo es indiscutible. Sin embargo, a pesar del

[154] MARUANI, MARGARET y CHANTAL, ROGERAT y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado de trabajo, Op.cit.*, pág.167.

reconocimiento del derecho a trabajar por parte de la Constitución de 1978 y de la mayor formación femenina se puede señalar que las mujeres continúan teniendo obstáculos visibles e invisibles en su camino profesional, que hace que podamos señalar que las mujeres siguen teniendo dificultades para ejercer su derecho constitucional de trabajar, al verse afectadas por una precariedad laboral manifestada en sus numerosas vertientes.

En este apartado, para confirmar los argumentos que sostenemos a lo largo de este capítulo, presentamos una serie de datos estadísticos con la identificación de unas determinadas variables, que pretenden mostrar la situación laboral real de las mujeres a la par que son el reflejo de una realidad. A tal fin, hemos recogido aquellos datos de cada estadística que descubren la verdadera situación laboral de las mujeres con respecto de los hombres en el mercado de trabajo español.

Evolución de la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo de España

En el siglo XX se puede apreciar que las mujeres se han hecho visibles en el mercado de trabajo oficial, tomando una posición propia en el mercado de trabajo. La evolución sobre la actividad de la población activa en el período 1900-2004 registra un incremento del 25,3%. Si bien, esta tasa de actividad femenina se muestra de forma irregular en las primeras décadas del siglo XX al estar afectada por los vaivenes políticos del momento.

En 1900, el porcentaje de trabajo femenino era del 18%, mientras que en 1920 había bajado al 13%, diferencias que se mantendrán durante la década siguiente para recuperarse en el período republicano, aunque de nuevo volviese a caer al 12% a lo largo de la década de los cuarenta. En 1950, la tasa de actividad femenina era del 16%, que seguiría con un tímido aumento durante los años siguientes, principalmente debido al aperturismo político exigido desde el exterior a la dictadura, así como a la lucha de las organizaciones feministas españolas reivindicando los derechos fundamentales para las mujeres[155].

[155] La Ley de Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer en 1961 reconoce el derecho de las mujeres a acceder a las actividades políticas, profesionales y de trabajo, pero seguía manteniendo la autorización marital para acceder al trabajo y la prohibición de desempeñar determinadas profesiones, como la carrera judicial y las Fuerzas Armadas. Esta restricción se mantuvo hasta la Ley de Relaciones Laborales de 1976.

Con la democracia, la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo alcanza el 28% en 1980. Esta tasa de empleo femenino es imparable y en 1990 fue del 35%, con un nuevo incremento en 1995 que pasó al 38%, hasta situarse en 2003 en el 44%, y apenas se ha incremento en dos puntos durante

AÑO	EVOLUCIÓN DEL PORCENTAJE DE MUJERES PRESENTES EN EL MERCADO
1900	18%
1910	14%
1920	13%
1930	13%
1940	12%
1950	16%
1960	20%
1970	20%
1980	28%
1990	35%
2000	40%
2003	43,7%
2004	45,09%

2004; mientras que la tasa de actividad de los hombres es de 67,72%[156].

El indicador de este global cambio en la situación sociolaboral femenina y su masiva incorporación al mercado de trabajo queda reflejado en los datos siguientes: *"Entre 1977 y el 2003, la cifra de mujeres activas casi se ha doblado -de 3,8 a 7,5 millones- y la tasa de actividad se ha incrementado en 15 puntos -de 28 por 100 a 43 por 100-; en ese tiempo la cifra de varones activos ha sumado poco más de 1,5 millones -de 9,5 a 11,1- y la tasa de actividad se ha rebajado en 10 puntos -de 77 por 100 a 67 por 100-"*[157].

Estos datos han sido corroborados por el Consejo Económico y Social que considera como positiva la evolución de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, aunque señala que no se ha

[156] Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, EPA, IV Trimestre de 2004. www.mtas.es
[157] www.mtas.es/mujer/htm

evitado que el porcentaje de actividad femenina sea inferior a la masculina, esto es: "*En los años anteriores, la creación de empleo benefició especialmente a las mujeres, centrándose esta mejora en los grupos de edades intermedias. La tasa de empleo masculina aumentó dos décimas, mientras que la femenina se elevó un punto. De todas formas, la distancia en las tasas de empleo de hombres y mujeres sigue siendo muy amplia, más de 25 puntos a favor de los primeros, como también lo es en las tasas de paro, que en el promedio del 2002 fue un 16,4 por 100 en el caso de las mujeres, y un 8 por 100 en el de los varones. Más de un 57 por 100 de los parados españoles son mujeres, y esa proporción no ha dejado de crecer en los últimos diez años, subrayando que, cada vez más, el problema del alto paro en España es en la actualidad un problema de paro femenino. Siguiendo también la tendencia del periodo anterior, casi toda la creación del empleo correspondió al de carácter asalariado, que aumentó en 355.000 personas, de las que dos tercios eran mujeres. El sector privado ha creado empleo a menor ritmo relativo que en años anteriores, mientras que ese ritmo fue algo mayor en el sector público, destacando en éste, el generado en las Comunidades Autónomas. El crecimiento del empleo asalariado de carácter indefinido, fue mucho más alto, pero sólo en el sector privado, aunque no lo bastante como para obtener un fuerte retroceso de la temporalidad, (...)*"[158].

Tasa de actividad de las mujeres en relación con los hombres según los tramos de edad

La tasa de actividad de acuerdo a las variables de la edad muestra, que en todos los tramos de edad las mujeres tienen inferior porcentaje de actividad con respecto de los hombres. Si bien, son los tramos de los 30 a los 35 años y de los 35 a los 39 años donde las mujeres registran una tasa de actividad inferior con respecto a la de los hombres en casi 20 puntos. En consecuencia, las mujeres registran mayores tasas de actividad en aquellos tramos de edad en los que es menos posible su maternidad, frente a los hombres que tienen una tasa de actividad más elevada en los tramos en los que las mujeres tienen mayores dificultades para trabajar debido a su capacidad de ser madres, o bien, cuando esta capacidad puede haberse ya ejercido[159]:

[158] Consejo Económico y Social, *"Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral"*, 2002. www.ces.es
[159] Elaboración propia a partir de los datos del INE escogiendo los datos más radicales de la estadística, IV Trimestre de 2004. www.ine.es

Edades	Mujeres	Hombres
Entre 25 a 29 años	80,5%	89,34%
Entre 30 a 35 años	76,25%	94,8%
Entre 35 a 39 años	71,01%	94,98%
Entre 65 a 69 años	2,76%	5,31%

- *Tasa de paro en relación con los índices de paro de los hombres con referencia a la variable independiente de la edad*

El Consejo Económico y Social señaló que la evolución del desempleo femenino sigue siendo alta. Aunque se muestra un perfil diferente de las mujeres desempleadas al que se había indicado en décadas anteriores. El perfil ya no responde a mujeres de edades intermedias, con bajo nivel formativo y económico y con dependencia de su pareja, en estos momentos las mujeres desempleadas, mayoritariamente, tienen entre 30 a 34 años, y desde la perspectiva formativa revelan dos situaciones muy distintas, o bien, tienen un bajo nivel cultural, o bien, estudios superiores pero en ambos casos registran índices de desempleo superiores al de los hombres[160].

Además, las mujeres permanecen en desempleo un período de tiempo más largo que los hombres. De este modo, un 66% de las mujeres permanece en desempleo dos o más años, casi 300.000 mujeres frente a 150.000 hombres. Este hecho puede dar lugar a un adicional problema en orden a que durante este período las mujeres pueden verse afectadas por una pérdida de formación, que es uno de los mayores inconvenientes puesto que asevera los efectos perniciosos del desempleo femenino[161].

[160] GAUVIN, ANNIE, *La sobrerrepresentación femenina en el paro a la luz de las comparaciones europeas.* En MARUANI, MARGARET y CHANTAL, ROGERAT y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado de trabajo, Op. cit.*, pág. 293.
[161] Consejo Económico y Social, *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, número 35, I Trimestre de 2004, Informe 3/2003. www.ces.es

En este mismo sentido, las tasas de paro descubren que en todos los tramos de edad, las mujeres tienen mayor índice de paro, asimismo el tramo de edad de 30 a 34 años y el tramo de 35 a 39 años son los tramos en los cuales las mujeres registran mayores índices de desempleo.

Edades	Mujeres	Hombres
Entre 30 a 34 años	14,02%	6,38%
Entre 35 a 39 años	14,33%	6,36%
Entre 60 a 65 años	7,28%	6,36%
Entre 65 a 69 años	2,30%	0,53%

- *Porcentajes de actividad y de paro en relación con el estado civil*

Tanto las tasas de actividad como las tasas de paro descubren que las mujeres casadas tienen mayores dificultades para encontrar un empleo y permanecer en el mismo. Pero, especialmente, es destacable que las mujeres tienen mayor registro de desempleo cuando su estado civil es del de casadas:

Porcentaje de Tasa de Actividad según estado civil	Mujeres	Hombres
Casado/a	44,59%	68,12%
Solteros/as	59,79%	70,47%
Viudos/as	7,65%	14,02%
Separados/as, Divorciado/as	73,04%	77,64%

Porcentaje de Tasa de Paro en orden al estado Civil	Mujeres	Hombres
Casado/a	13,16%	4,49
No casado/a	16%	12,37%

Las mujeres casadas tienen mayores problemas de trabajar, con lo cual se muestra que persisten los prejuicios sociales para contratar a las mujeres casadas con posible ejercicio de su capacidad de maternidad. Vale decir, que este hecho se revela como causa para que las mujeres deban salir obligatoriamente del mercado de trabajo o sean destinadas a trabajos de menor calidad social. De esta manera, aunque mayoritariamente, las mujeres actuales no desean dejar de trabajar por su condición de ser madres, lo cierto es que las mujeres registran los mayores abandonos por razones familiares. Esto es, las mujeres que abandonan el mercado de trabajo por motivos familiares suponen el *93,20%*[162].

Esta proporción refleja que las mujeres por imposiciones de distinto signo social o económico deben irse del mercado de trabajo, ya que los indicadores muestran que son las mujeres quienes siguen renunciando a su carrera profesional. No puede desconocerse que la sociedad sigue justificando que sean las mujeres quienes abandonen el mercado de trabajo al margen de otras razones, como pudieran ser las económicas. Estos hechos no hacen, sino que confirman que persiste la creencia, incluso entre las propias mujeres, de que son las mujeres las responsables del cuidado de la familia dejando en un lugar secundario su carrera profesional. Es decir, se sigue justificando que las mujeres sean quienes tomen esta decisión, que puede ser una decisión personal, pero que, de forma habitual, las mujeres la toman influidas y presionadas por el contexto social y la familiar.

AÑO	Porcentaje de mujeres que abandonan el mercado por motivos familiares
2001	94,45%
2002	94,89%
2003	93,89%
2004	93,20%

▪ *Datos del índice de paro por Comunidades Autónomas*

En la actualidad, dentro de la organización territorial constitucional se puede señalar que las Comunidades Autónomas de Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla-León, Castilla La Mancha,

[162] Datos obtenidos del Instituto de la Mujer y del INE, 2004.

Extremadura y Galicia registran un desempleo femenino más elevado que el masculino, siendo en algunos casos de hasta diez puntos como es el caso de Andalucía y Castilla La Mancha. Frente a esta situación en las Comunidades de Aragón, Madrid, Navarra y La Rioja el paro femenino muestra menores diferencias con respecto del masculino[163].

Estos porcentajes hacen reflexionar sobre aquellas autonomías con menor empleo, en las cuales la situación de las mujeres se ve agravada laboralmente. La pervivencia de estereotipos y roles tradicionales, tanto sociales como biológicos provoca reticencias al trabajo de las mujeres. Además, no se puede desconocer que han influido otra serie de motivos distintos a los genéricos para que se registre un menor empleo femenino en algunas Comunidades, fundamentalmente en las provincias donde la modernización de la sociedad ha sido inferior, entre los que se puede aludir a motivos de carácter religioso o motivos geográficos, como es el caso de Ceuta y Melilla, territorios donde la diferencia entre el trabajo femenino y el masculino es muy elevada.

Porcentajes de Paro por CCAA	Mujeres	Hombres
Extremadura	26,08%	12,09%
Andalucía	22,86%	11,60%
Aragón	7,50%	3,77%
Castilla y León	16,76%	6,10%
La Rioja	5,37%	4,05%
Baleares	9,58%	6,09%
Comunidad Valenciana	13,27	7,15%
Ceuta y Melilla	11,59%	7,82%

▪ *Aproximación de los índices de desempleo por sectores profesionales*

[163] Elaboración propia con los índices máximos y mínimos de la variable de paro y actividad en las Comunidades Autónomas. Fuente: INE, IV Trimestre de 2004. www.ine.es

La incorporación de las mujeres al mercado de trabajo continúa sesgada por la feminización de determinadas tareas y puestos de trabajo. En el sector de la agricultura y el de la industria, las mujeres registran más del doble de paro que el masculino[164].

Sector	Mujeres	Hombres
Agricultura	24,19%	9,96%
Industria	12,01%	5,29%
Construcción	10,06%	7,68%
Servicio	9,37%	5,40%

En este contexto, la respuesta a esta situación por parte de las mujeres es la opción por el acceso al sector público, ya que en el mismo encuentran menores obstáculos de carácter sexista que los que se perciben en el sector privado. En cuanto a que en el sector público la forma, de ordinario, para acceder a un puesto de trabajo es la oposición, y por lo tanto, se evalúa a los aspirantes de acuerdo a su formación, preparación profesional y conocimientos sin tener en cuenta su sexo[165]. En particular cuando tienen entre 25 a 35 años, el acceso a la Función Pública es una de las salidas profesionales que han buscado las mujeres al ver su acceso al sector privado, especialmente en este tramo de edad, limitado e impedido de forma directa o indirecta, en tanto a que frente a aparentes requisitos neutros la realidad muestra que la empresa elige a los varones ante el temor de la posible maternidad de las trabajadoras, y de la creencia persistente sobre sus consecuencias en la asistencia al trabajo y el rendimiento femenino[166].

La evolución de la presencia femenina en el sector público es positiva en tanto que en 1974 era de apenas el 30%, y, por el contrario, en el 2004 la presencia de las mujeres en la Administración pública es

[164] Consejo Económico y Social, Informe *"Sobre desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo,* aprobado por en Pleno, el 26 de enero de 2005.
[165] Fuente: INE, IV Trimestre de 2004. www.ine.es
[166] La sentencia del Juzgado de núm. 33 de Madrid, de 31 de octubre de 2000, consideró probado que la trabajadora, asesora jurídica, fue relegada en sus funciones por razón de sus bajas consecuencias de sus embarazos, siendo condenada la empresa a restituirle en su puesto con todas las facultades y funciones que ello conlleva, y a abonarle una cuantiosa indemnización económica por la pérdida de salud sufrida y por los daños morales, (apud) *RL*, núm. 23, 2000, págs. 23 y ss. Citado por, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002, pág.166.

equiparable a la del hombre, e incluso en algún colectivo como el de la enseñanza o el sanitario es superior[167].

Ministerios	Cultura	Sanidad y consumo	Justicia	Medio Ambiente	Fomento
Presencia de las mujeres	72,40%	68,2%	60,95%	40%	41,48%

Las mujeres ocupan los puestos de menor categoría profesional dentro de la Administración pública; en el grupo A las mujeres representan el 35,21%, frente al grupo D en el que las mujeres son el 73,62%. Igualmente, el nivel 13 y 14 son aquellos en los que hay mayor número de mujeres en un 73,71% y 74,06% respectivamente, frente al nivel 29 y 30 que las mujeres suponen el 23,99% y el 25,09% en cada uno de los niveles. Además, como puede observarse en los datos de la estadística siguiente sobre las funciones de las mujeres en ministerios, secretarias, y subsecretarias su presencia es mayoritaria en actividades socioculturales, que han sido históricamente las asignadas al rol femenino.

Funciones de las Mujeres	Ministerios	Secretarias	Subsecretarias
Funciones básicas	16,67%	7,14%	15,38%
Funciones económicas	33,33%	0	26,67%
Infraestructuras	10%	0	37,50%
Activ. Socioculturales	75%	40%	30,00%

En este epígrafe hemos de señalar, que las dificultades de las mujeres para acceder al empleo en condiciones dignas es una de las causas determinantes de su decisión de optar por la iniciativa empresarial. De esta forma, los datos muestran que las mujeres acuden a esta opción en aquellas Comunidades donde el paro femenino es mayor, o bien, donde las ayudas y proyectos empresariales privados se ven más apoyados por los poderes públicos.

[167] Los porcentajes señalados son valores extremos en esta variable. Fuente: Instituto de la Mujer a partir de los datos facilitados por el MAP, IV Trimestre de 2004. www.mtas.es/mujer/mcifras

Esta iniciativa empresarial femenina es mayor en Madrid, Galicia, Cataluña y Andalucía[168]. En todas ellas existe un marco con distintas medidas legales que pretenden el apoyo de la iniciativa empresarial femenina, tratando de fomentar el espíritu empresarial y hacer que ellas y sus empresas sean competitivas. De esta manera, se ha considerado primordial facilitar más información, especialmente, a las mujeres pertenecientes a los grupos con mayores dificultades de encontrar empleo, como es el caso de discapacitadas, madres con recientes maternidades y mujeres mayores de 45 años[169].

A este fin se debe de promocionar la iniciativa privada en sectores en los que las mujeres están infrarrepresentadas, así como divulgar materiales para la igualdad de oportunidades, además de dar a conocer a las mujeres estrategias de negociación y de promoción profesional. Fundamentalmente es interesante esta idea de mujeres empresarias en las zonas rurales que se están viendo afectadas por la despoblación.

En este marco debe destacarse que en la actualidad es común que las mujeres compartan la actividad agraria y otra ajena a la misma. De esta forma, es frecuente la presencia en esta situación de mujeres que nunca habían trabajado en el campo o con ganadería, pero que por primera vez compatibilizan ambas tareas, tal es el caso de docentes, sanitarias y otros colectivos que a menudo su otra actividad se relaciona con el turismo rural, conservación del patrimonio natural o histórico y la hospedería.

Relación de empleo de las mujeres en orden al tipo de contrato

El tipo de contrato que se realiza a las mujeres es fundamentalmente temporal. De ese modo, el número de contratos de carácter indefinido es de un total de 9788,1, de los cuales, las mujeres suponen el 39,66%, es decir, 3881,9 contratos. A este tenor es muy significativo que la forma de contrato verbal sea utilizada con las mujeres en un 74,50%, siendo la tasa de temporalidad de 34,1% para las mujeres y

168 www.mtas.es/mujer/htm
169 Ley 53/2002, de 30 diciembre, medidas fiscales, administrativas y orden social y la Ley 62/2003, de 31 de diciembre de medidas administrativas, fiscales y de orden social.

del 29,2% para los hombres[170]. La siguiente estadística relaciona tipo y duración de contrato de trabajo de los que son titulares las mujeres.

Tipos de Contratos	Mujeres
Indefinido	39,05%
Temporal	52,29%
Aprendizaje, Formación, Prácticas	43,32%
Temporada	52,29%
Período Prueba	45,72%
Interinidad	74,9%
Obra o servicio	25,35%
Verbal	74,50%
Otro tipo de contrato	49,33%

Por el contrario, las mujeres registran inferiores índices de actividad y en menor número son titulares de contratos de trabajo a tiempo completo. En cambio, cuando las referencias son a trabajadoras de jornada a tiempo parcial, los índices de empleo femenino se incrementan y son las mujeres las más afectadas por esta modalidad contractual[171]. Es decir, las asalariadas representan el 40,79%, siendo mayoritaria la jornada a tiempo parcial realizada por mujeres que se cifra en el 83,32%, y como explicación a todo lo mencionado, el 99,47% de los contratos de jornada a tiempo parcial son desarrollados por mujeres al justificarse que con esta jornada es posible compatibilizar el cuidado de su familia y la vida laboral, y de ese modo es básicamente acogida por las mujeres durante la crianza de los hijos/as.

En este sentido, el trabajo que realizan las mujeres, tanto asalariado como no asalariado supone que el *98,15%* es desarrollado a tiempo parcial y el *70,86%* a tiempo completo.

Tasa de actividad con el referente de la Unión Europea

[170] Fuente: Instituto de la Mujer, IV Trimestre de 2004. www.mtas.es/mujer/mcifras
[171] Fuente: INE, IV Trimestre de 2004. www.ine.es

En España se señala que sigue teniendo la tasa de actividad más baja de actividad de la UE, sólo por detrás de Grecia e Italia. Además, se mantienen las diferencias entre el paro de larga duración de las mujeres y los hombres, mientras que los hombres han mejorado su posición en 8 puntos. No obstante, se subraya que el problema del paro es común en toda Europa, pero en el caso de España es principalmente femenino. Con relación a la tasa de empleo en la UE es del 55%, al propio tiempo que en España es del 46% durante 2004 nos permite presentar los siguientes datos[172]:

		España	Grecia	Dinamarca	Suecia
Tasa de actividad	Mujeres	42,58%	37,34%	59,74%	58,90%
	Hombres	66,26%	60,21%	71,44%	66,73%
Tasa de Paro	*Mujeres*	*15,8%*	*7,9%*	*4,6%*	*5%*
	Hombres	*13,6%*	*5,7%*	*3%*	*6,1%*

Estos datos reflejan la historia de las mujeres en una sociedad, que como hemos mencionado, le tenía asignado un papel social ajeno al trabajo legal. Sin embargo, se aprecia, también como su paulatina participación social a lo largo del siglo XX, que las mujeres reclaman su puesto en el mercado de trabajo, rechazando los límites reales al empleo femenino. Pero debiendo de enfrentarse a las barreras invisibles existentes al ejercicio de su derecho a trabajar que se justifican en estereotipos y roles de género.

Las mujeres registran las mayores tasas de paro, e incluso en los períodos donde se mejoran las tasas de actividad benefician a los hombres, mientras que a las mujeres les favorece en menor medida los efectos del crecimiento económico. No obstante, las mujeres son las principales titulares del

[172] Nuevamente hemos elegidos los registros máximos y mínimos de estas variables. Fuente: INE, IV Trimestre de 2004. www.ine.es

empeoramiento de las condiciones laborales en momentos de crisis económicas, pues son las víctimas de la degradación de las condiciones de empleo y del aumento de la inestabilidad laboral.

La educación: presencia de las mujeres de determinados estudios, y nivel formativo y la tasa de paro de las mujeres

El derecho fundamental a la educación ha permitido que las mujeres accedan al sistema educativo sin discriminación con respecto de los hombres. En esta referencia, hemos de señalar tres cuestiones, en primer lugar, la mayoritaria presencia de las mujeres en el sistema educativo. En segundo lugar, se puede observar que la elección de estudios todavía sigue mediatizándose de acuerdo a los estereotipos sociales que asignan determinados estudios, y por ende, determinados empleos según el sexo, mujeres u hombres. En tercer lugar, la mayor formación de las mujeres no ha quedado reflejado en un mayor empleo de las mujeres, ni en unas mejores condiciones laborales planteadas desde la igualdad con respecto de sus compañeros varones[173].

En primer lugar, las mujeres matriculadas en el sistema educativo tienen una clara la presencia a lo largo de todos los niveles del sistema educativo, lo cual indica que las mujeres quieren formarse por diferentes motivos, intereses e inquietudes; pero sin obviar que para las mujeres es una obligación social, puesto que sin una preparación académica adecuada, tal y como vemos en las estadísticas que relacionan trabajo y estudios revelan que sus dificultades de tener un trabajo aumentan considerablemente con respecto de los genéricos obstáculos que ya tienen las mujeres[174]:

Nivel de Estudios	Porcentaje de Mujeres
ESO	47,85%
Bachillerato	54,81%
Técnico Medio/Superior	46,86%
Universidad	69,13%

[173] Fuente Instituto de la Mujer a partir de los datos del INE, 2004. www.ine.es
[174] Fuente Instituto de la Mujer, 2001-2002.

En segundo lugar, los estudios muestran una diferenciación en la elección de los estudios por razón de sexo. Las mujeres en la universidad siguen eligiendo carreras de humanidades y relacionadas con la salud, en defecto de las técnicas.

Estudios Universitarios	Porcentaje de Mujeres
Humanidades	66,45%
CC Sociales y Jurídicas	66,77%
Ciencias Experimentales	58,77%
Ciencias de la Salud	74,38%
Técnicas	28,18%

La presencia de las mujeres en la formación profesional distinguimos el grado medio y el grado superior; señalamos que hemos recogido los datos que consideramos más representativos para mostrar la sectoralización de los estudios por sexo. En este nivel educativo, las mujeres siguen prefiriendo aquellos estudios que tradicionalmente se han ligado a las mujeres, y continúan optando por estudios administrativos, comercio, química y sanitario, frente a los estudios profesionales de oficios o industriales. Si bien, es de destacar que a mayor nivel formativo (ciclo superior precisa bachillerato) se incrementa la presencia de las mujeres en las familias profesionales con tradicional presencia masculina.

Edificación de Obra Civil	4,42%	31,46%
Mantenimiento de Vehículos Propulsados	1,51%	3,20%
Química	88,04%	59,02%
Textil, Confección, Piel	82,24%	74,19%
Administración	69,09%	72,85%
Comercio y Marketing	67,14%	60,05%
Mantenimiento y Servicio de Producción	1,65%	2,74%
Actividades Marítimas Pesqueras	8,95%	18,50%
Electricidad y Electrotecnia	2,03%	7,45%

Las desigualdades sexistas están presentes en los propios sistemas educativos haciendo persistir la segregación social de las mujeres, puesto que los estudios muestran que determinados itinerarios formativos se definen por la dominación masculina, mientras que el destino de las mujeres se articula a otros estudios que tradicionalmente han sido propios de las mujeres[175].

Con estos datos hay una necesidad de establecer mecanismos de educación en la igualdad para que se elimine la brecha en la elección de estudios por motivos sexuales, y esta decisión académica sea tomada sin determinismos biológicos anclados todavía en la sociedad española, y por ende, en las estudiantes. El hilo conductor de una sociedad no sexista exige que el sistema educativo adopte medidas para tratar de eliminar la segregación que sufren las mujeres, e incluso, los hombres en la elección de determinados estudios[176]. Eso es, sería uno de los contextos primarios más adecuado para luchar contra la división sexual del trabajo y lograr que las conquistas sociales femeninas, al sabor de sus logros en la educación, se transformen en el reconocimiento de las mujeres como personas con plenos derechos.

En tercer lugar, sirva para dar cuenta, que desde 1991 a 2001 la inserción femenina en el mercado se ha incrementado un 3%, al tiempo que en el sistema educativo en tal período, el incremento de las mujeres ha sido de más del 7%. Esto es, los datos reflejan que las mujeres tienen mayor formación, y a pesar de ello y de tener mayor rendimiento académico. Sin embargo, a las mismas no se les permite que

---

[175] DURAND-DELVIGNE y DURU-BELLAT señalan: "*Puesto que el acceso a la educación es precisamente lo que abre las puertas en a todas las posibilidades, la noción de una pedagogía antisexista se impone para algunos/as enseñantes (LEMPEN-RICCI, 1985). Ésta consiste en negarse a establecer una vinculación necesaria entre diferencia natural y desigual trato. No se trata de negar la existencia de diferencias naturales, aunque actualmente sabemos cuán inútil es intentar separar naturaleza y cultura, sino de mantener el objetivo de la igualdad, instaurando si es necesario una "discriminación positiva"* (...) "*En resumen, la idea de fondo de dicha pedagogía antisexista es abolir las obligaciones vinculadas al sexo en relación con la elección del modo de vida y, toda vez que las restricciones que impone la "masculinidad" no son desdeñables, puede resultar tan liberadora para los hombres como para las mujeres",* DURAND-DELVIGNE, ANNICK y DURU- BELLAT, MARIE, *Escuela mixta y construcción de género.* En MARUANI, MARGARET y CHANTAL, ROGERAT y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado de trabajo, Op. cit.*, pág. 135.

[176] Sirva de ejemplo, que en Noruega se llevó a cabo una campaña informativa a favor de la elección por parte de los hombres de profesiones "tradicionalmente de mujeres", cuidadosamente seleccionadas y relacionadas con la atención a la infancia o las escuelas primarias. La idea que subyace es que los nuevos modelos de roles masculinos tendrán un impacto positivo en la socialización de los niños y niñas. También, podrían contribuir a modificar las normas y valores existentes relativos al trabajo de los hombres y de las mujeres.

desarrollen ese potencial profesional e intelectual y logren los triunfos profesionales que les corresponden por sus capacidades terminales[177].

A título de ejemplo, nos sirve presentar los datos sobre la situación de la propia Universidad pública donde se puede observar que el desarrollo profesional de las mujeres se ve limitado con respecto a los hombres. Durante el curso 2001-2002, las mujeres docentes en la universidad española suponían el 33,72%, de las cuales mayoritario es su número como ayudantes cifrándose en el 48,62%, de la misma manera que profesoras asociadas suponen el 35,80%. Al mismo tiempo que se reducía la presencia femenina cuando las referencias son a puestos de mayor nivel retributivo, ya que el número de profesoras catedráticas es del 15,78%[178].

En suma, se puede señalar que este incremento de la formación femenina no ha ido acompañado de los mismos niveles de participación social, política y económica, porque son indiscutibles los avances de este aspecto, pero sigue siendo menor el número de mujeres que se consideran con "éxito profesional"[179].

Los datos que relacionan TASAS DE PARO Y ESTUDIOS reflejan que las mujeres a pesar de tener una mayor formación académica tienen mayores tasas de desempleo:

[177] Así, lo confirma el Informe del Consejo Económico y Social, en el marco educativo: "El desequilibrio entre géneros se ha ido limando según se aumenta el nivel de estudios, así se observa que las mujeres con estudios de tercer grado eran en el año 2001, la mayoría, un 52,5%; lo que supone una mejoría considerable, teniendo en cuenta que tan sólo diez años antes, en 1991, esa proporción era del 46,6%", Informe del Consejo Económico y Social de España "Sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española", diciembre de 2003. www.ces.es

[178] www.mtas.es/mujer/mcifras/htm

[179] INE, "*Mujeres y Hombres en España*", 2002. www.ine.es

Estudios	Mujeres en Paro	Hombres en Paro
Analfabetos/as	30,38%	16,67%
Sin Estudios	19,62%	12,29%
Estudios Primarios	16,35%	8,18%
Secundaria	16,31%	7,97%
Ciclos Formativos	15,54%	6,73%
Universitarios	9,13%	6,15%

En consecuencia, estos hechos se reflejan en cuanto a que no sólo no hay mayor contratación femenina a mayor preparación de las mujeres, sino que tampoco este incremento de la presencia de las mujeres se produce en los puestos de mayor relevancia profesional y con relación a superior responsabilidad y autoridad, circunstancia que se detecta a pesar de su mayor formación académica. Así, existe una desvalorización del trabajo desempeñado por mujeres que, "*junto al desajuste entre el nivel de formación y los puestos de trabajo ocupados por ellas y las escasas probabilidades de promoción, genera insatisfacción y desmotivación*[180]*".*

Por eso, las distancias entre los progresos en materia de formación, de cualificación y las trayectorias profesionales, y la situación femenina en el mercado de trabajo siguen persistiendo de forma negativa para las mujeres que mantienen mayores tasas de desempleo. Además, estas diferencias de la evolución entre la elevación del nivel de formación de las mujeres y su posición en el mercado de trabajo se ven trasladadas a la brecha salarial existente entre los varones y las mujeres, ya se trate de referencias al trabajo, ya se trate de referencias a la formación. Al tiempo que a pesar de estos datos sobre la formación académica femenina sigue siendo inferior su presencia en los puestos cualificados y de mayor responsabilidad.

Presencia de las mujeres en la economía sumergida

A la vez que no se puede soslayar que la zona meridional tiene elevados porcentajes de mujeres en el empleo sumergido, justificados en la propia tradición de los sectores implantados en esta zona y en

[180] *Revista Trabajadora,* de la Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO, núm. 14, IV Época, de diciembre de 2004. www.ccoo.es/sindicato/mujer.html

la feminización de los mismos. En efecto, junto a los datos anteriormente aportados, las mujeres están inmersas en porcentajes de desempleo altos. De esta manera, si la tasa de inactividad femenina es del 65,02%, el índice de la economía sumergida de las mujeres es de un 65%[181]. Este sumergimiento de la economía, cada vez más habitual, es frecuente en sectores como la confección, el calzado, textil, cuero, agricultura y servicio doméstico. Principalmente, en estos casos son mujeres sin estudios en un 80%, casadas en un 53% y en un 60% analfabetas o con estudios primarios.

2.1.2.2. Obstáculos de las mujeres en el mercado de trabajo

Sin pretender acotar el estudio de los problemas que desembocan las dificultades de las mujeres en el mercado de trabajo, sí consideramos que debemos de abordar tres cuestiones por la instrumentalización del derecho al trabajo para determinar el derecho a la protección social. En primer término, las dificultades de las mujeres de acceder al mercado de trabajo, en segundo término, la sectoralización del mercado de trabajo que fija que algunos sectores y puestos de trabajo estén limitados a las mujeres, en tercer término, la capacidad de ser madres y los estereotipos sociales que consideran que las mujeres son las responsables del cuidado de los familiares y de las tareas domésticas, incidiendo negativamente en su presencia y permanencia en el mercado de trabajo[182].

En primer término, las mujeres siguen sufriendo discriminaciones en su incorporación al mundo profesional, puesto que las diferencias de trato por razón de sexo en el acceso al mercado laboral siguen manteniendo la consideración de las mujeres bajo los estereotipos tradicionales de menor fortaleza física, debilidad, e inferioridad de capacidad. Vale decir, que estos criterios de selección son el peaje que deben pagar las mujeres por una sociedad que les ha considerado como el sexo débil. Esta situación supone un grave problema para lograr la plena igualdad de mujeres y hombres, que priva a las mujeres por razón de su sexo de las conquistas sociales confirmadas en el constitucionalismo social español.

---

[181] Fuente: Instituto Nacional de Estadística, IV Trimestre de 2003. www.ine.es

[182] Las mujeres serán objeto de discriminación en el mercado de trabajo, puesto que como afirma ALONSO OLEA: "*Al incrementarse la participación femenina en el trabajo comienzan a manifestarse situaciones claramente discriminatorias: dificultad de acceder al trabajo, insuficiente protección en materia de seguridad y salud laboral, feminización de determinadas tareas, bajos salarios, etc.*", ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho al Trabajo,* (5ª edic.), Madrid, Civitas, 1994, págs. 21 y ss.

El Estado social debe brindar protección a las mujeres, que reclaman una intervención de los poderes públicos orientada a la imposición de obligaciones que afectan a la relación laboral entre el empresario/a y el trabajador/a. De tal forma, que la acción estatal conlleva necesariamente la restricción de la libertad contractual entre las partes, a la par que delimita el contenido de la libertad de empresa en orden a la garantía del derecho a trabajar de las mujeres.

Las mujeres han hecho saltar los cerrojos existentes en determinadas profesiones y sectores que eran considerados feudos masculinos. Esta incorporación al mercado de trabajo de las mujeres se ha visto sustentada por el devenir histórico que muestra que la labor del TC y, posteriormente, en el marco legal se han ido eliminando barreras en el acceso al mercado de trabajo existentes para las mujeres al amparo de una falsa protección, que era otra manifestación de discriminación de género.

De esta manera sirva para dar cuenta de la línea seguida por el tc, en cuanto a que ha considerado inconstitucionales los límites existentes al trabajo femenino en puestos o sectores. Así como la declaración de ilicitud que ha realizado con respecto de los límites impuestos al trabajo en determinadas horas o turnos. En suma, manifestaciones que determinaban la discriminación de las mujeres, puesto que sin causa justificada veían restringidos sus derechos sociales, únicamente, argumentadas las diferencias de trato por razón del diferente sexo, que era utilizado para la selección y para la determinación de la categoría profesional, así como para la fijación de las condiciones de trabajo y empleo[183].

[183]La línea jurisprudencial seguida ha mantenido la exigencia de eliminar los impedimentos legales al trabajo femenino declarándolos inconstitucionales. Así, la STC 31/1984, de 7 de marzo consideró inconstitucionalidad la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres. Por su lado, en la STC 7/1983, de 14 de febrero, y se ratificó en STC 8/1983, STC 13/1983 y STC 15/1983 con relación al matrimonio como causa de cese en el trabajo, el TC consideró que se incurría en la conculcación del artículo 14 CE, añadiendo que: "*los derechos fundamentales son permanentes e imprescriptibles. Ello es compatible, sin embargo, conque, para reaccionar frente a cada lesión concreta de un derecho fundamental, el ordenamiento limite temporalmente la vida de la correspondiente acción (cuya prescripción en modo alguno puede extinguir el derecho fundamental de que se trate). Por otra parte, es obvio, que el derecho a no ser discriminado por razón del sexo no puede ser contemplado sólo en abstracto, sino en función de cada una de las situaciones jurídicas concretas en las que entre en juego y, por lo mismo, en conexión con los ámbitos normativos que regulen cada una de aquéllas. El derecho fundamental a no ser discriminadas por razón del sexo lo tienen las recurrentes desde la promulgación de la Constitución".* Por otra parte, con las STC 86/1983, STC 34/1984, y la STC 58/1984, STC 10/85 fue considerado ilegal la exigencia de

Dicho en otras palabras, el tc ha ido corrigiendo las situaciones que impedían a las mujeres el desempeño de un puesto de trabajo, ya fuesen las limitaciones impuestas por la norma legal, ya fuesen por criterios que aparentemente neutros coartan la contratación femenina [184]. A saber, el órgano constitucional eliminó las trabas de incorporación de las mujeres al mercado establecidas en su momento. Igualmente, resolvió en favor de la erradicación de medidas de derecho positivo que encerraban un falso proteccionismo para con las mujeres excediéndose de la consideración de acción positiva, por cuanto no favoreciesen su incorporación laboral, sino antes al contrario la restringían, argumentando un criterio sexista basado en la debilidad física y el papel social de desigualdad de las mujeres asignado por la sociedad[185].

---

celibato femenino para conserva el trabajo en la empresa por aquel entonces pública de Telefónica. Sin embargo, en ocasiones ha ocurrido lo contrario, es decir, la presencia femenina se ha considerado más atractiva y había sido criterio determinante de selección, tal y como ocurría en el caso de la empresa Líneas Aéreas Españolas; por lo que tuvo el TC en sentencia de 10 de marzo de 1988 que considerar que, también, en estos casos se trataba de discriminación puesto que el sexo era nuevamente factor para la selección del empleo. Pero, quizá una de las resoluciones constitucionales con mayor repercusión fue la STC 216/1991, de 14 de noviembre por la que se permitía el acceso femenino a las fuerzas armadas. Asimismo la STC 229/1992, de 14 de diciembre declara inconstitucional las restricciones al trabajo de las mujeres en las minas; si bien, en este asunto quedó en entredicho la gestión política española, tras la citada firma de la Carta Social Europea de 1961. El artículo 8.4 b) establecía que los países signatarios de la misma debían prohibir trabajos subterráneos de la minería. Pues bien, España ratifica el mencionado documento sin excepción el 29 de abril de 1980, y sin advertir consciente o inconscientemente que se estaba incurriendo en una desigualdad de género, puesto que, ya en 1967, Suecia había denunciado este artículo por discriminatorio. En España hasta 1990 no se denuncia esta restricción citada, y se debió acudir a la vía judicial en Asturias para que se otorgase la posibilidad a las mujeres de trabajar en la mina.

[184] REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España, Op.cit,* pág. 437.

[185] La STC 198/1996, de 3 diciembre ofrece una solución criticable al problema planteado. La recurrente se presentó y aprobó las pruebas de auxiliar administrativo con destino en la Administración autonómica madrileña. Posteriormente, se asigna el puesto de "basculero" a esta categoría de auxiliar administrativo. La Comunidad decide resolver la relación laboral, porque, la actora no posee la fuerza física necesaria para el trabajo de basculera, -algunas de esas tareas exigían notable fuerza física-. El TC no estimó que exista discriminación, ello a pesar de la decisión de la empresa de modificar las condiciones laborales de forma sustantiva con criterios masculinizados, y diferentes a los imperantes en el puesto para que el que formalizó el contrato de trabajo con la trabajadora, y que fue determinante para justificar el despido de esta trabajadora. De tal forma, que apreció que aunque en algún caso este criterio valorativo de la fuerza física puede ser determinante para una menor retribución asignada a la trabajadora, considera que en este asunto no es definitoria de discriminación por razón de sexo, esto es: "... *el puesto está definido con criterios neutros y está abierto a trabajadores de ambos sexos, y de hecho considera que la asignación de estas tareas de basculero a la categoría de auxiliar administrativo, se concibe para evitar la masculinización del puesto".* Se reconoce que, el puesto sí requiere una fuerza física superior, afirma el TC que estos requisitos por sí solos no son discriminatorios, ni contrarios al artículo 14 CE. Sin embargo, se reconoce que las consecuencias de esa exigencia sí pueden dar lugar a resultados discriminatorios, pues si se hipervalora a

En esta medida, la política de empleo europea pone un énfasis especial en la necesidad de aumentar la empleabilidad de las mujeres como condición necesaria para el aumento sostenido de las tasas de empleo y la reducción consolidada de las tasas de paro femenino. Así, a la vista de los datos que se acaban de señalar es evidente que se deberían reforzar, cuando no reorientar, tales políticas con el objetivo claro de impulsar una sustancial reducción del desempleo de las mujeres. La distancia entre las tasas de paro por sexo a cualquier edad hace necesario profundizar, además, en la influencia de factores básicos que impiden el trabajo femenino o le relegan a la precariedad laboral en sus diferentes formulaciones.

Las mujeres quieren trabajar y con el amparo del artículo 14 CE no pueden ser objeto de discriminación, pero la realidad nos evidencia, como se ha podido observar en los apartados anteriores, que las mujeres siguen estando discriminadas en el acceso al empleo por una presunción social no probada de sus menores aptitudes profesionales, únicamente, argumentada en razón de su sexo. Por lo demás, es insoslayable que la realidad muestra que las decisiones empresariales de selección de personal, dentro de su libertad de decisión, se amparan en otros criterios que dificultan su persecución judicial.

La situación de precariedad laboral femenina no es una queja sin sentido de un colectivo minoritario, sino que es una realidad como se aprecia en los datos facilitados sobre la población ocupada por situación profesional, tipo de jornada y sexo. Así, se muestra claramente que los hombres son el número más elevado de trabajadores y trabajadoras dentro del mercado laboral, tanto por cuenta ajena como propia, pero, especialmente por cuenta propia en jornada a tiempo completo.

---

efectos retributivos en detrimento de otras características más comunes y neutras en cuanto al impacto en las mujeres, sí se lesionaría el artículo constitucional 14 CE. Aunque hubo un voto particular de VICENTE JIMÉNEZ, que entendió por el contrario que sí hay discriminación, porque, acertadamente, consideró que aunque aparentemente no se produce la misma, las consecuencias de esa decisión empresarial fueron determinantes para que las mujeres se viesen en desventaja laboral por su sexo: "*Cuando se oferta un puesto que no requiere esfuerzo físico alguno y posteriormente, se le obliga a la mujer a realizar estas tareas aunque se encuentre dentro de la misma categoría profesional y carece de esta fuerza necesaria y se procede por esa sola razón al despido, el empleador ha creado en la práctica, una discriminación que debería ampararla en TC*". www.tribunalconstitucional.es

En segundo término, a lo descrito debe de añadirse las dificultades de las mujeres no sólo para acceder al mercado de trabajo, sino que también son víctimas de empleos y sectores considerados como "*muy femeninos*" debido al número de mujeres que los integran, reflejando la segregación ocupacional que sufren las mujeres en el desarrollo de su derecho a trabajar al ver sus derechos sociales menoscabados y reducida o impedida su capacidad de participación. La mayor presencia femenina se produce en el sector servicios-comercio, hostelería, administrativo, servicios de restauración, personales y vendedores-, pero, también se detecta en los empleos no cualificados, en puestos de técnico y profesionales de apoyo. Asimismo es importante su presencia en la agricultura y ganadería, si bien, es significativo el número de mujeres que en este sector se constituye como mano de obra auxiliar, a saber, sin derecho a salario alguno por falta de contratación legalizada, y por lo tanto sin derecho a protección social.

Es decir, los datos confirman no sólo que determinadas profesiones están feminizadas, sino que también siguen estando ligadas muy de cerca a las actividades domésticas. Las mujeres tienen una mayor tasa de empleo en las profesiones tradicionalmente femeninas, tales como la educación, sanidad, secretariado, funciones administrativas y puericultoras.

En definitiva, las profesiones articuladas a las tareas de educar a los hijos/as, atender a los familiares enfermos o pertenecientes a la tercera edad y la gestión de la economía doméstica siguen siendo empleos ocupados por las mujeres. Ciertamente, cada vez con mayor frecuencia se constata la presencia de las mujeres en todos los sectores profesionales de la actividad económica.

Aunque los datos revelan que queda mucho por avanzar, pues a pesar de las transformaciones sociales, la cultura y la educación influyen, persistiendo en algunos sectores de la sociedad la consideración de que es el hombre el que debe de conseguir los mejores puestos de trabajo, porque es el sostén económico del conjunto de la familia, y por ello, se cree que las mujeres pueden y deben renunciar a sus aspiraciones profesionales. Si bien, el problema es que las mujeres no casadas, también, tienen todos estos obstáculos en sus proyectos profesionales.

En tercer término, la situación socioeconómica femenina deja entrever una segregación en el empleo, que manifiesta la persistencia de desigualdades antiguas en razón de la capacidad de reproducción de las mujeres, porque continúan siendo muchas mujeres las que pierden sus puestos de trabajos al quedarse embarazadas, por supuesto, los despidos se expresan de forma sibilina. En esta medida, la sociedad continúa asignando al hombre el rol de productor, de sustentador de la familia, mientras que a las mujeres se les asigna el papel del desempeño de las obligaciones del cuidado de los miembros de la unidad familiar y la realización de las tareas domésticas derivadas de una artificial extensión de la natural capacidad de reproducción. Esto es, "en el ámbito privado la responsabilidad sobre los miembros de la familia y el hogar sigue recayendo principalmente sobre las mujeres provocando la "doble presencia" o "doble jornada"[186].

El mercado laboral permanece estructurado con un reparto sexuado del trabajo, que no respeta los deseos de las mujeres de trabajar fuera del hogar y concibe su trabajo con un carácter secundario, no prioritario para el desarrollo de la personalidad y libertad de las mujeres. Aparte de que ello supone un límite en orden a obtener su emancipación y consideración como sujeto de derecho para el pleno ejercicio de la ciudadanía social.

A este respecto, uno de los obstáculos con los que se encuentran las mujeres es la creencia de que las responsabilidades familiares darán lugar a una reducción de la productividad femenina en la empresa. Esta creencia se ve rebatida por las estadísticas, que muestran que las mujeres en estos casos, o bien, abandonan el mercado de trabajo, o bien, renuncian a su tiempo personal desarrollando su labor profesional a la vez que atienden a su vida familiar, soportando la doble carga que ello supone. Ninguna de estas facetas, profesional y personal, de la vida de las mujeres se ve menoscabada, aunque sea a costa de sus renuncias y calidad de vida que influye directamente en su salud.

Precisamente, por estas dificultades debemos distinguir las discriminaciones que sufren las mujeres por razón de su sexo, y aquellas que las trabajadoras madres deben de soportar por los estereotipos que les asignan un mayor absentismo laboral y un menor rendimiento laboral, que encuentra

[186] Reflexiones de la Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO, *Revista Trabajadora,* de la Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO, núm. 14, IV Época, de diciembre de 2004. www.ccoo.es/sindicato/mujer.html

su causa en el cuidado de la familia que se les atribuye de forma exclusiva o al menos, de forma predominante.

Un dato que desdice los estereotipos empresariales sobre que las mujeres poseen las mayores tasas de absentismo laboral son los siguientes registros: por enfermedad, accidente y por incapacidad temporal, los hombres se ausentan en mayor tiempo que las mujeres, así, las mujeres suponen *114,1*, mientras los hombres *168,6*. Al mismo tiempo, que por vacaciones o permisos se produce una situación análoga a la anterior, porque las mujeres afectadas son *69,3* frente al número de hombres que son *169,1*. No obstante, hay un dato significativo, puesto que son las mujeres las que continúan mayoritariamente siendo las responsables del cuidado de los hijos/as, y de este modo, son las mujeres sobre todo las que solicitan permisos de maternidad suponiendo 128,2, ya que los hombres apenas son *1,2*[187].

Por otra parte, a pesar de que en el análisis del uso del tiempo se aprecia un cambio en la gestión y la organización de los hogares, sin embargo, las mujeres dedican dos horas y media de tiempo diarias más que los hombres al trabajo doméstico. En cuanto al tiempo dedicado al estudio es similar (*5 horas 19' las mujeres y 5 horas 32' los hombres*). Las diferencias se encuentran en dos actividades, en primer lugar, el tiempo libre de las mujeres es inferior al del hombre en más de una hora diaria, en consecuencia, el tiempo libre es para los hombres un derecho configurado históricamente para los hombres, no es así para las mujeres.

En segundo lugar, el tiempo dedicado al trabajo remunerado es para las mujeres de 6 horas 51' y para los hombres 8 horas 18'. Este dato muestra que las mujeres optan por reducir las jornadas laborales fuera del hogar o bien, por decidirse (obligadas socialmente) a la elección de contratos a tiempo parcial, porque son consideradas las principales responsables del cuidado de la familia. Este menor tiempo trabajado por las mujeres fuera del hogar tiene consecuencias para su carrera profesional a nivel retributivo y, por supuesto, a efectos de protección social, además de ayudar a perpetuar la idea "*del trabajo femenino subordinado al masculino que debe ser la principal fuente de ingresos familiares*"[188].

[187] Unidades: miles de personas. INE: IV Trimestre de 2004. www.ine.es
[188] Fuente: nota de prensa del INE, II Trimestre de 2004.

En consonancia con está exigencia, a las mujeres españolas se les está obligando a que decidan entre su vida personal y profesional. En esta medida, las mujeres que quieren trabajar, no como mero "capricho o decisión secundaria", sino como parte exigible para su desarrollo personal, y como no, por necesidad económica, han tenido en porcentaje elevado que retrasar el ejercicio de su capacidad de ser madres, e incluso, tal como vemos, renunciar a ella, especialmente, desde el momento que la maternidad se convierte en un acto reflexionado.

En efecto, ante las dificultades de compaginar trabajo y familia, la solución que están adoptando las mujeres es retrasar la edad de contraer matrimonio y el momento de ejercer la maternidad; de esta manera, en estos momentos, la edad de acceso a la maternidad está situada entre 30 a 34 años, seguido del tramo 34 a 39 años. La tasa de fecundidad era en 1983 del 53,65% y en el 2001 se había reducido hasta el 38,60%[189]. La edad media de las mujeres para tener su primer hijo ha evolucionado siendo la media de 28 años, frente a la edad media de las madres primerizas en el 2003 que es de *30,79*. Por otro lado, en el 2004, el número medio de hijos/as es en España de 1,30, mientras que en la UE es de 1, 64[190].

Estas diferencias en las distintas tareas asignadas sociales a los hombres y a las mujeres permiten que Duran afirme: "El trabajo dirigido al mercado es sólo una parte muy pequeña del volumen total del trabajo aplicado por las mujeres (diariamente, semanalmente, anualmente y a lo largo de sus vidas) a la modificación del mundo que las rodea. Mientras que la mayoría de los varones convierten su vida profesional en su proyecto individualizado (...) la mayoría de las mujeres combina su proyecto personal con su proyecto comunitario, familiar, colectivo (...) la jornada laboral no se interrumpe en la vigilancia de las horas de la noche, ni en la celebración de los festivos y sólo la vejez y la muerte interrumpen su trabajo, continuado por las nuevas generaciones"[191].

Por otra parte, también deben destacarse los estudios, que como vemos en las referencias a la segregación vertical, revelan que las mujeres se niegan a renunciar a la familia en favor de su trabajo, al

[189] INE indicadores demográficos básicos, de IV Trimestre de 2004. www.ine.es
[190] Datos obtenidos del Instituto de la Mujer y del Instituto Nacional de Estadística.
[191] DURAN, M.A., *La jornada interminable,* Barcelona, Icaria, 1986, pág. 32.

contrario de lo que les sucede a los hombres que no tienen tanto problema en esa elección. Quizá pueda ser, porque, tampoco se les plantea esa disyuntiva de forma tan habitual, ni tan radical.

En razón de esta nueva realidad, la evolución actual encuentra su respuesta en la emancipación política y económica femenina, que consigue que su consideración como parte del mercado trabajo oficial sea no sólo una posibilidad, sino una realidad. También, la reducción del número de hijos/as y otros aspectos como la tecnología incorporada al desempeño de las tareas domésticas se convirtieron en aliados de la incorporación de las mujeres a las tareas en el mercado de trabajo. Sin obviar que en este cambio influyó que el Estado social asumió la gestión pública de determinadas actividades sociales, y la cobertura de las algunas necesidades de la población que hasta entonces habían sido asignadas, sin su consentimiento, a las mujeres.

Por ello, la necesidad de medidas de derecho positivo y convencional para compatibilizar maternidad, familia y trabajo femenino a la par que es preciso un cambio cultural, social y de creencias sobre el papel de las mujeres en el mercado de trabajo. Además, este cambio debe introducir variaciones en las responsabilidades de cada miembro de la familia, esto es, Laufer considera que " (...) el tema del reparto: reparto del trabajo asalariado entre los ciudadanos y reparto del trabajo no asalariado entre los hombres y las mujeres"(…) "las mujeres pueden desempeñar entonces un papel impulsor si consiguen negociar una organización del tiempo de las ciudades o del tiempo de trabajo que permita una integración más igualitaria de la pluralidad de los tiempos"[192].

Como hemos mencionado, la protección a este derecho al trabajo debe de ir encaminada a la adopción de medidas para que las mujeres no deban elegir entre maternidad y trabajo, como en el caso de los hombres que no tienen este problema de decidir en el ámbito laboral sobre las consecuencias que su capacidad de ser padres les podría suponer para su proyecto profesional, puesto que ni el mundo empresarial, ni la sociedad les plantea esta disyuntiva, por lo que pueden seguir evolucionando profesionalmente a la par que pueden tener una vida personal.

---

[192] LAUFER, JACQUELINE, *Venturas y desventuras de la ciudadanía: políticas públicas y estrategias de los actores*. En MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo, Op. cit.*, pág.168.

No obstante, y superando los iniciales errores por parte de los poderes públicos sociales, políticos y económicos sobre la necesaria conciliación de la vida personal y profesional de los trabajadores y trabajadoras, la conciliación se está empezando a plantear desde la propia estructura del contrato de trabajo. Igualmente, con la incipiente creación de servicios públicos que facilitan la atención a las responsabilidades familiares, pero sin olvidar que debe formularse la conciliación desde el equilibrio entre los hombres y las mujeres.

Nos concierne, por el objeto de este trabajo, señalar que estas dificultades de las mujeres para acceder al mercado de trabajo, la precariedad de los contratos de trabajo que se están realizando a las trabajadoras en todas sus vertientes, y como vemos en los apartados siguientes, especialmente, en cuanto a las inferiores condiciones laborales de las que son titulares las mujeres, que les hacen víctimas doblemente de la desigualdad durante el ejercicio de sus derechos sociales en el mercado de trabajo[193].

Esto es, en un primer momento, la marginalidad se traduce en el marco laboral, para manifestarse en un segundo momento en una inferior o nula protección social, puesto que el sistema de la seguridad social español está diseñado fundamentalmente para contratos estables y a jornada completa. Esta discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo se agrava cuando las referencias son al sistema de seguridad social, porque la existencia del contrato y las cotizaciones son la premisa mayor para constituirse como titular de las prestaciones sociales, que son derechos consecutivos a la realización de un trabajo retribuido.

---

[193] Nueva aportación sobre la discriminación que sufren las mujeres son las palabras de LEWIS, *"Las mujeres siempre han tendido a ocupar empleos precarios, que en general dan acceso a pocos derechos sociales. El número de estos empleos está llamado a aumentar en numerosos países. Además, desde los años noventa, la mayoría de países europeos están intentando reducir su gasto público y, como las prestaciones son reducidas, los servicios sociales tienden a sufrir las mayores restricciones presupuestarias. En la medida en que las mujeres dependen necesariamente de un ingreso social, bajo la forma del disfrute de servicios públicos, para alcanzar un compromiso entre sus diferentes responsabilidades, en el trabajo remunerado y no remunerado, esta erosión de la aportación del Estado de bienestar reviste una importancia muy particular para ellas. Las tendencias demográficas indican que aumenta la tasa de dependencia y se incrementa el número de personas mayores dependientes. Las mujeres tienen, por lo tanto, pocas perspectivas de ver reducidas sus obligaciones familiares",* LEWIS, JANE, *Política familiar y mercado de trabajo: el caso de Gran Bretaña desde una óptica europea.* En MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo, Op.cit.*, pág. 209.

El sistema de la seguridad social español se distingue en dos niveles, uno el contributivo y el otro nivel no contributivo. En el primer caso, se presenta al sistema de protección de mayor peso cuantitativo y cualitativo, pero su inserción en el campo de aplicación debe de ir precedida por la existencia de un contrato de trabajo, y, en este requisito radica la importancia de que las mujeres estén incorporadas al mercado laboral.

En estas condiciones se hace necesaria la intervención pública para que adopte una política con medidas sociales abordadas desde el marco de la relación laboral. Esta política social, aunque tenga como destinatarios, en general, a todos los trabajadores/as independientemente de su sexo, de forma concluyente debe estar substancialmente más vinculada en su ejercicio al sexo femenino, habida cuenta de la todavía mayoritaria distribución tradicional de estereotipos y roles de género en las familias españolas. El papel de las instituciones públicas es el garantizar el derecho constitucional de la igualdad de mujeres y hombres como bien protegido, y sobre todo que la base de su efectividad se alce en una política cuya ideología sea la protección de los derechos de las mujeres desde la equiparación de las mujeres y los hombres.

De esta forma, se debe de apoyar un marco acrisolado de ideas, y ser el frontiscipio adecuado para que confluyan protocolos de buenas prácticas sobre la situación de las mujeres en el empleo. Así como la formulación de medidas que ayuden a las mujeres a la incorporación en el mercado, y converjan con instrumentos cuyo objetivo es incorporar y estabilizar a las mujeres al mercado de trabajo en las mismas condiciones de empleo que los hombres[194].

En esta medida, cualquier limitación al trabajo femenino, a su desarrollo profesional y a su éxito en su profesión dará lugar a una prostitución de los valores y principios que inspiran al Estado social,

[194] *La guía de las buenas prácticas, para garantizar el derecho a la igualdad en los procedimientos.* La guía distingue en distintas áreas: la prevención y sensibilización (potenciar en los Centros Escolares, la educación en la igualdad de oportunidades, potenciar la difusión de folletos y la creación de Escuelas para Padres y Madres, evitar que los medios de comunicación transmitan estereotipos), la información (informar donde acudir en los casos de discriminación), los recursos sociales (promover programas especiales para la formación de mujeres, en situaciones especiales y su reinserción laboral y social, incluyendo en planes de fomento al autoempleo y al empleo), las medidas legislativas (revisión de las normas, procedimientos, convenios colectivos), medidas a adoptar en los procedimientos (la formación profesional, las publicaciones), *La guía de las buenas prácticas, para garantizar el derecho a la igualdad en los procedimientos,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2000.

suponiendo una corrupción de los derechos de una parte de la ciudadanía, la población femenina. De tal forma, la incidencia de estos datos de la realidad socioeconómica de las mujeres, también se traducen en el bienestar social que se implementa con el sistema público de seguridad social[195].

En la actualidad, sabedores de que la igualdad en la ley se ha conseguido significativamente en la Europa comunitaria, el nuevo compromiso es la proscripción de la desigualdad entre los sexos en la realidad socioeconómica, pues la discriminación es inaceptable, es una violación a las propias raíces y esencia del Estado social y de la propia sociedad democrática.

En consonancia con lo anterior, la mencionada Estrategia comunitaria de Lisboa de 2000 consideró que el constitucionalismo social moderno debe asumir la responsabilidad de elaborar políticas de empleo combinando flexibilidad y seguridad en el empleo[196]. En concreto, la Directriz sexta de la citada Estrategia alude a la igualdad de hombres y mujeres que es acordada, nuevamente, en la Declaración comunitaria de julio de 2004. Vale decir, que en este mismo sentido exige la Directriz novena estrechar la colaboración entre el Instituto de la Mujer y la Inspección Laboral[197].

La exigencia del cumplimiento de la Estrategia de Lisboa de 2000 sitúa a España en el compromiso de afrontar los desajustes existentes en relación con la actividad, la ocupación y el desempleo dada la distancia que separa a España todavía de los objetivos sociales comunitarios señalados para esta materia. En esta medida se hace preciso promover la incorporación a la actividad profesional de las mujeres que permanecen al margen de la misma, reducir los altos niveles de desempleo femenino y lograr un incremento anual de la ocupación femenina. La Estrategia Europea de

---

[195] Ver la obra, GARCÍA PELAYO, M., *Estado en la Sociedad Industrial*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1987.
[196] Sobre esta cuestión afirma MEULDERS: "*Si los efectos de las políticas de flexibilidad sobre el empleo suscitan escepticismo, sus efectos para la calidad del mismo no dejan, en cambio, lugar a dudas: la aplicación de estas políticas ha aumentado la fragilidad del empleo y ha fomentado la aparición de pobres con empleo, trabajadores precarios, permanentemente amenazados por el paro, con ingresos a menudo inferiores al límite de la pobreza y que muchas veces no pueden disfrutar de una protección social plena: ellos serán los jubilados pobres de mañana y entre ellos son mayoría las mujeres*" (...)"*Las mujeres están sobrerrepresentadas en estas formas particulares de empleo; su acceso al mercado de trabajo tiene lugar principalmente a través de empleos atípicos, particularmente desfavorables en términos de categoría profesional, de remuneración, de horarios y de perspectivas de promoción*", MEULDERS, DANIÈLE, *La flexibilidad en Europa*. En MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo, Op.cit.,* pág.352.
[197] En España estos objetivos tomaron contenido en la Ley básica de Empleo 56/2003, 16 de diciembre.

Empleo con una vigencia de 2003 a 2005 recuerda la necesidad de una política nacional que promueva la eliminación de los desequilibrios ocupacionales, y se formulen políticas activas de empleo.

A este fin, se propone que para reducir las diferencias de la tasa de actividad de las mujeres y los hombres. Por eso, las políticas sociales de los Estados miembros deben implementarse en aras de los siguientes objetivos: el pleno empleo, promoción de la calidad y productividad en el trabajo y el refuerzo de la cohesión e inclusión social. Así como el fomento a la iniciativa privada con ayudas financieras a las mujeres empresarias y la mejora de la movilidad, e intermediación entre la oferta y la demanda cuando las personas afectadas sean del sexo femenino.

En este sentido son formuladas como estrategias aquellas medidas que son favorables a dichos fines, esto es, el incremento de la capacidad de adaptación de trabajadores/as y empresa, atraer a más personas al mercado y más inversiones en formación, así como asegurar la efectividad de las políticas de empleo.

Para dar cumplimiento a estas estrategias en octubre de 2004, se aprueba el séptimo *Plan Nacional de Acción para el Empleo del Reino de España 2004* con el objetivo de dar cobertura jurídica a los fines del marco europeo en materia de empleo. Sin embargo, a pesar de los aspectos positivos de este Plan no se establecen actuaciones suficientes para abordar uno de los principales problemas del mercado de trabajo español como son las grandes diferencias existentes en el empleo de hombres y mujeres.

Consideramos que estas medidas previstas para favorecer la incorporación laboral de las mujeres se revelan insuficientes, ya que se mantienen en la tradicional consideración de las mujeres como únicas titulares de las responsables familiares, al propio tiempo que no se platean nuevas situaciones de la sociedad actual como es la maternidad ejercida en solitario. Las medidas de la conciliación entre la vida laboral y personal se planean de forma inadecuada, puesto que son medidas no extensibles a todas las mujeres y de dudoso beneficio para el incremento del empleo de las mujeres. Además, de insistir en concebir estas medidas como instrumentos de conciliación para las mujeres en relación con su capacidad

de reproducción, pero no planteadas desde la necesidad de una autentica transformación de la participación de los hombres en las tareas del cuidado de la familia.

No obstante, a pesar de todas las dificultades, el propio el Consejo Económico y Social considera que las diferencias entre las mujeres y los hombres tienden a reducirse, y lo harán cada vez más deprisa en el futuro empujadas, tanto por la progresiva incorporación femenina a ocupaciones laborales con mayor remuneración -que implica su cotización por bases más altas- como por su mayor permanencia a lo largo de la vida laboral en el mercado de trabajo, que determinará en numerosas ocasiones -*sobre todo si se avanza sustancialmente en la mejora de la estabilidad en el empleo y en las fórmulas de conciliación de la vida laboral y familiar*- el cumplimiento de los años de cotización y de las cantidades aportadas para acceder al sistema de la seguridad social[198].

La obligación estatal de tomar medidas en materia laboral se encuadra, como señala el Consejo Económico y Social, en la transposición de la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, sobre 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[199].

De esta manera según el planteamiento expresado por el Gobierno español, la transposición de la Directiva es el objetivo central de la Ley de Garantía de igualdad entre mujeres y hombres, cuyo Anteproyecto se encuentra en fase de elaboración. Está previsto que la mencionada Ley no se ocupe sólo de aspectos laborales –ámbito al que se refiere exclusivamente la Directiva–, sino que extienda su aplicación a todos los ámbitos de la vida social, económica y cultural, contemplando una serie de medidas tendentes a conseguir que la igualdad se aplique en todas las políticas públicas. Se trataría, por tanto, de ir más allá en el desarrollo del principio de transversalidad de la igualdad de hombres y mujeres o *mainstreaming* de género, que en aplicación de las previsiones del artículo 3.2 del Tratado de la

[198] El Informe 4/2000 del Consejo Económico y Social, *"Sobre la protección social de las mujeres"*. www.ces.es
[199] Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre Medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno.

Comunidad Europea (TCE) constituye parte esencial del programa de acción comunitaria sobre la estrategia a seguir en materia de igualdad entre hombres y mujeres (2001-2005) [200].

En esta línea, en el marco del sistema de la seguridad social, el Gobierno incorpora al Anteproyecto el permiso de los padres tras el nacimiento del hijo o hija, que es planteado con independencia del permiso que les corresponda a las madres. Su duración no está fijada, aunque se señala un posible período mínimo de siete días, porque se considera que un mayor período para este permiso sería inasumible presupuestariamente por parte del sistema de seguridad social; en cualquier caso es una de las cuestiones que está siendo objeto de estudio.

Anticipándose a la regulación de estas medidas normativas, el Plan Integral para la conciliación de la vida personal y laboral en la Administración, el Plan Concilia aprobado el 7 de diciembre de 2005, por los sindicatos y el Ministerio de Administración Públicas recoge la concesión de dos semanas de permiso de paternidad por nacimiento, adopción, o acogimiento de un hijo o hija para los funcionarios de la Administración pública central.

2.1.2.3. Un abismo salarial entre mujeres y hombres

En estos términos "abismo salarial" ha sido calificada por el Parlamento Europeo la discriminación que sufren las mujeres en materia salarial. Aunque su eliminación no es una de las intenciones preferentes de la UE, porque como señala CAÑAS, no existe real interés por parte de los políticos en solucionarlo, detectándose una clara ausencia de proyectos que tengan como fin la erradicación de estas discriminaciones retributivas, puesto que no existen concreciones más allá de una mera declaración formal. Al mismo tiempo que no se enuncia como objetivo prioritario en las agendas políticas en España, Bélgica, Dinamarca, Grecia, Francia y Portugal, países en los que, curiosamente, la brecha salarial de las mujeres y los hombres ha aumentado en los últimos años.

[200] Consejo Económico y Social, "*La oportunidad de la transposición de los aspectos de la Directiva 2002/73/CE no contemplados todavía por el ordenamiento español constituye una ocasión para impulsar el fomento de la igualdad de hombres y mujeres en el ámbito del empleo, un requisito fundamental, por otro lado, para alcanzar los objetivos de la Estrategia de Lisboa*", *Panorama social de la mujer en España,* núm. 41, III Trimestre de 2005.

El Parlamento europeo ha afirmado que: "*La fijación de nuevos objetivos y la acción para atajar la discriminación salarial en razón del sexo es infrecuente",* por lo que no es considerado tema de interés según el Informe sobre *"empleo 2004/2005"* de la Comisión Europea, aprobado el 3 de febrero de 2005[201].

Sin embargo, las mujeres siguen siendo objeto de discriminación salarial, en España, en los últimos diez años, ha aumentado hasta alcanzar el *34,7%,* e incluso en el sector privado puede ser de hasta el 50%. Simultáneamente, la media europea se ha reducido ligeramente pasando del 17% a ser el 15%.

Por otra parte, este problema ha requerido la actuación de la jurisdicción constitucional que se ha manifestado en contra de la segregación que sufren las mujeres en materia salarial, aunque no ha mantenido uniformidad en los criterios utilizados para resolver los asuntos que se le han planteado, y, así, en algunos casos ha quedado pendiente de la apreciación judicial la desigualdad indirecta aplicada a la diferencia salarial entre mujeres y hombres por el desempeño de un trabajo de igual valor.

La propia evolución de la labor del constitucional puede ilustrarse con la significativa stc 145/1991, de 1 de julio, que introduce la jurisprudencia comunitaria sobre esta cuestión. Las recurrentes alegaban que como limpiadoras de un Hospital público, el Gregorio Marañon, realizaban el mismo trabajo que sus compañeros, pero por Convenio Colectivo recibían menor sueldo que los trabajadores del centro hospitalario que ostentaban la categoría de peones. El tc calificó a estas mujeres como víctimas de discriminación laboral por razón de su sexo al estar afectadas por una discriminación directa e indirecta, pues a las mujeres se les otorgaba una categoría inferior que a los hombres cuando realizaban el mismo trabajo; esta distinción en la clasificación tenía como consecuencia una diferencia salarial considerable.

En este mismo sentido, se estimó que se estaba en presencia de discriminación salarial derivada de la aplicación de valores sexuales para definir la estructura salarial. Esto es, la stc 58/1994, 28 de febrero de 1994 valoró que el "esfuerzo físico" no era criterio suficientemente probado para que las mujeres, que ocupaban categorías profesionales superiores en las secciones de envasados y expedición

[201] CAÑAS, GABRIELA, "Un abismo salarial entre los hombres y mujeres", *El País,* de 6 de febrero de 2005.

en la empresa de Antonio Puig, cobrasen retribuciones inferiores a los compañeros varones que trabajaban en las mismas secciones. De tal manera, el tc consideró que ese criterio era sexista y no se trataba de un criterio neutro y objetivo, por lo que se pudo afirmar que en estos supuestos se estaba en presencia de una discriminación de género[202].

Para apoyar ambas resoluciones, el tc se basó en la exigencia de criterios retributivos transparentes y debidamente justificados por la empresa. Asimismo tal exigencia fue requerida en la stc 147/1995, de 16 de octubre, que vuelve a considerar que son insuficientemente justificados los criterios que utiliza el empresario/a para establecer diferencias salariales de las mujeres y los hombres. En consecuencia, se consideró discriminatoria la aplicación de los valores masculinizados para cuantificar el salario, cuando daban como resultado inferiores retribuciones a las mujeres por la realización de un trabajo de igual valor que el de sus compañeros.

Pero, por otro lado, el TC da un paso atrás con la STC 286/1994, de 27 de octubre al no apreciarse por el TC, que existe una segregación profesional por razón de sexo en la empresa de fabricación de galletas Fontaneda. En tanto que mientras que a los varones se les confiaba la producción, es decir, la manipulación de materias primas y creación del producto a las mujeres se les derivaba normalmente hacia el departamento de envasado, empaquetado y acabado; como es de suponer a estas funciones femeninas se les asignaba un menor nivel de retributivo. Además, esta situación se agravaba, porque las pocas mujeres que trabajaban en el departamento de producción a pesar de desarrollar el mismo trabajo recibían menor sueldo que sus compañeros varones.

La STC sostiene que es muy probable que: "*En la génesis de la segregación profesional de los trabajos estuviera una vez más la idea preconcebida de la menor fortaleza física y de cierta debilidad de las mujeres en relación con el varón*", y califica esta distinción como "*anacrónica*" y "*estereotipada*"".

Esta sentencia no consideró la presencia de una discriminación indirecta en la asignación de categorías profesionales que dispensaban un trato diferente por razón de sexo, como tampoco apreció

[202] Se remite a STJE de 27 de octubre de 1993, *Caso Enderson*.

que se estaba en presencia de una división sexual del trabajo que segregaba a las mujeres en sus derechos económicos. Esto es, el TC supuso que las funciones de producción y de envasado no tenían el mismo valor, y por lo tanto, al exigir la primera competencia profesional mayor responsabilidad era lógico que estuviese mejor retribuida. La crítica a esta resolución está basada en que el órgano judicial no apreció, como la realidad mostraba, que los puestos de mayor retribución eran, mayoritariamente, ocupados por hombres, y, consecuentemente, se estaba en presencia de una discriminación indirecta.

La consideración del TC sobre discriminación de género con relación a la brecha salarial de las mujeres y los hombres se puede concluir con el reconocimiento de la libertad de decisión empresarial sobre la estructuración del salario, y su cuantificación siempre que sea conforme a la norma legal y convencional, que incluso se permiten diferencias salariales justificadas por categorías profesionales, así como valoración del trabajo con valores ajenos a diferencias de trato por razón de sexo[203].

Sin embargo, de forma general, la jurisdicción constitucional ha mantenido que se está en presencia de una discriminación de género cuando la cuantificación de la estructura salarial no se realiza con criterios objetivos, sino determinados por referencia a criterios sexuales. De ese modo, igual trabajo es valorado de diferente forma. A este tenor, se supone que hay discriminación entre las mujeres y los hombres en materia salarial cuando se relacione salario y categorías profesionales, y éstas encierren diferencias por razón de género.

En suma, se exige al empresario/a que justifique las diferencias salariales, puesto que en el caso contrario se daría lugar a la presunción de discriminación de género. Es decir, las dificultades de demostrar la desigualdad salarial sufrida por las mujeres radican en la capacidad de decisión empresarial que puede encubrir una discriminación velada. El TC exige que el empresario/a justifique su decisión con criterios neutros y no por razón de sexo.

No obstante, a pesar de esta labor del TC no se puede desconocer que existe un problema para el control judicial de las denuncias de discriminación salarial, pues en la mayoría de los supuestos se

[203] Así lo ha confirmado el TC en la sentencia de 34/84, 9 de marzo.

encuentran dentro del libre albedrío de los empresarios/as para la gestión de su empresa. De ese modo, su persecución se ve dificultada por la ambigüedad de la justificación de tales diferencias retributivas amparadas en conceptos salariales de diverso tipo, pero que siempre son "curiosamente" lacerantes para los intereses económicos de las trabajadoras.

El Consejo Económico y Social señala que España registra una diferencia salarial de las mujeres y los hombres de hasta once puntos de diferencia: "*Con datos del PHOGUE para el año 2000, el salario medio neto por hora de las mujeres que trabajaban 15 o más horas a la semana era un 92,6 por 100 del correspondiente al total de ambos sexos, mientras que él de los varones se situaba en un 104,3 por 100. Así, la "brecha" salarial se situaría en España en torno a 11 puntos, sin que pueda apreciarse ninguna tendencia clara sobre su evolución en el periodo 1994-2000".*

De acuerdo con estos datos, el propio Consejo Económico y Social considera que el caso español no es extraordinario, sino que se corresponde con la situación internacional, fundamentalmente, con Europa y se sirve del ejemplo siguiente: *"Con datos de Eurostat, en 1998 la ganancia salarial de las mujeres asalariadas de la industria y los servicios en España se situaba en torno al 80 por 100 de la correspondiente a los varones, pero sólo cinco países de la Unión Europea (Bélgica, Dinamarca, Luxemburgo, Finlandia y Suecia) arrojaban mejores resultados que el español. La razón no es otra que la confluencia de diversos factores en la composición de los salarios, que explican en buena medida (lo que no significa que lo expliquen completamente) esa "brecha" salarial, y lógicamente también las diferencias por países"*[204].

Este mismo Informe considera entre las posibles causas de esta situación: las derivadas por la jornada, ocupación, rama de actividad económica, nivel educativo, edad, antigüedad, tipo de contrato, tamaño de la empresa y sector institucional. Este marco y condiciones laborales definen las diferencias contractuales entre las mujeres y los hombres que desembocan en una brecha salarial entre los hombres y las mujeres en el sector privado del 20%, seguida por el 13% en el sector público[205].

---

[204] Informe del Consejo Económico y Social sobre "*La situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*", diciembre de 2003. www.ine.es
[205] Informe 3/2004, del Consejo Económico y Social sobre *Temporalidad en el empleo en el sector público.*

De igual modo, con relación a las causas determinantes de este abismo salarial entre las mujeres y los hombres en palabras de SALDAÑA, *"Es muy complejo reducir a una sola causa el motivo por el cual se produce el diferencial salarial de la trabajadora respecto del trabajador. Y esto se complica también con la existencia de distintas estadísticas, elaboradas con distintas metodologías, en las que unos factores aparecen subrayados o determinan en mayor medida el resultado final al cual se llega. (...) Los factores que se pueden explicar son básicamente: el tipo de contrato; la temporalidad de las trabajadoras; el nivel de formación (que tampoco es indicativo porque luego vamos al detalle y en determinadas ocupaciones el tener un nivel alto de formación no implica una igualación de las retribuciones, sino más bien al contrario); el tipo de ocupación (por ejemplo en el sector público la diferencia es menor);el tamaño de la empresa (las pequeñas son más discriminatorias); la edad; el tipo de jornada (el trabajo a tiempo parcial va anexo a menor retribución comparativamente hablando); y, finalmente, el acantonamiento de mujeres en un ámbito determinado (es paradigmático el caso del sector servicios, donde los salarios van a la baja). Hay otros motivos, como prejuicios y modelos sociales establecidos"*[206].

Asimismo, el Informe "de Juventud en España 2004" constata que el salario medio neto de las mujeres de 15 a 29 años es un 27% inferior al de los hombres en esa misma franja de edad, destacando que por contra el 59% de los licenciados por la Universidad pública española son mujeres[207]. Estos datos hacen claramente una invitación a la reflexión en cuanto a que son insuficientes los avances, solamente, si se producen en el marco positivo, en tanto no hay un cambio en la cultura social sobre la necesidad del trabajo de las mujeres y la necesaria socialización de medidas que eliminen las discriminaciones que sufren las mujeres.

De forma paralela a todo lo referido, el origen de esta discriminación está en orden a que las condiciones laborales de carácter retributivo están realizadas con criterios masculinos obsoletos, pero muy convenientes para los intereses económicos empresariales. Es decir, el mantener una diferencia de criterios en la determinación de la retribución salarial, discriminando a las mujeres en sus derechos

[206] BRIZ CARMEN entrevista a SALDAÑA, EVA, *Revista Trabajadora*, de la Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO, núm. 15, IV Época, febrero de 2005.
[207] *El País*, de 19 de enero 2005.

económicos derivados del contrato de trabajo permite a los empresarios/as reducir sus costes económicos y sociales con la contratación selectiva de mujeres[208].

En esta medida se alude a la necesidad de criterios equitativos en la determinación de las categorías profesionales, que condicionan los derechos económicos derivados del trabajo asalariado. Por consiguiente, es necesario blindar los contratos de trabajo con criterios que eliminen la discriminación salarial de las mujeres, y conseguir hacer efectivo que "a igual trabajo, igual salario"[209].

La situación de las mujeres se ve agravada por la existencia de una estructura salarial con complementos o criterios retributivos arbitrarios, pero que premian la disponibilidad horaria de los trabajadores, que no su productividad. Los datos muestran que la remuneración de las mujeres se ve considerablemente reducida como resultado de sus maternidades, de sus años de retirada del mercado de trabajo por cuidado de familiares, y del menor número de horas trabajadas cuando se incorporan al mismo y de su menor remuneración. A este fin, las políticas sociales europeas aconsejan que se intensifiquen medidas sociales para que las mujeres puedan continuar con sus carreras profesionales sin renunciar a su familia y no ver sus derechos socioeconómicos alterados por tales causas.

Los complementos salariales establecen la brecha salarial entre los hombres y las mujeres, que se ve empeorada por la mayor presencia de las mujeres en contratos a tiempo parcial y temporales con lo cual trabajan menos tiempo, circunstancia que también impide o dificulta su promoción profesional y económica.

Estos hechos están siendo justificados por la idea de que el empleo de las mujeres es secundario, un complemento al sueldo principal de la familia que es el masculino. Por ello, "*de ahí, la importancia de la modalidad del contrato, de la retribución salarial y de eliminar todo tipo de retribución que no figure en el documento de la nómina, que servirá para el cálculo de las prestaciones a las que podría acceder la mujer; la igualdad en los regímenes profesionales, especialmente en aquellos que amparan a profesiones*

[208] Citar el Proyecto ISOS, que pretende eliminar las diferencias salariales por razón de sexo. www.mtas.es/mujer/htm
[209] Proyecto ISOS. www.mtas.es/mujer/htm

netamente femeninas, justificando las acciones positivas, con la necesidad de incrementar la participación de la mujer en la toma de decisiones"[210].

Las diferencias salariales se aprecian en todos con los conceptos que determinan la retribución salarial, así, pueden ser las diferencias de más de 2.500 euros, estando especialmente diferenciados los salarios entre las mujeres y los hombres en relación con pagas extras de carácter no periodicidad[211]:

		Diferencia entre las mujeres y los hombres
GANANCIA MEDIA. SALARIO BRUTO SEGÚN CONTRATO DE TRABAJO Y DURACIÓN	Indefinido	29,7%
	Determinada	25%
CONCEPTOS SALARIALES	Salario ordinario	28,3%
	Pagas Extras	31,9%
	Pagas Extras de periodicidad	27,6%
	Pagas Extras no fijas	51,4%

Sobre este tema, hemos de llamar la atención que junto a la maternidad hay que añadir el incremento de las personas mayores en la sociedad del siglo XXI. Esta nueva circunstancia nos indica que las responsabilidades familiares persistirán como obligaciones para las mujeres si no se adoptan medidas desde una perspectiva pública. Es decir, por inercia, por influencia social y porque se "entiende como un hecho natural" que las mujeres sigan pagando un tributo con respecto a sus derechos socioeconómicos al ceder en el terreno profesional, y, paralelamente, por imposición social, continuar asumiendo de forma gratuita los cuidados familiares de la tercera edad.

[210] Afirmaciones recogidas en el Consejo de Dublín de 13 y 14 de diciembre de 1996.
[211] Fuente: Instituto de la Mujer, 2002.

Por eso, se exigen medidas que socialicen estas situaciones, incluyendo la mejora de prestaciones y servicios públicos. Así como políticas de empleo que permitan a las familias en su conjunto conciliar la vida familiar y profesional que corrija la carga desproporciona que asumen las mujeres, a la par que se incluya a los hombres en el ejercicio de estas medidas de conciliación para asumir esas obligaciones familiares de forma equilibrada entre todos los miembros de la familia, sin distinción de sexo.

En este contexto como vemos en este capítulo, los Convenios Colectivos tienen que asumir la responsabilidad de formalizar un marco regulador que elimine atisbos de discriminación en el trámite contractual del empleo femenino[212.] Éstos se basarán, tanto en el contenido de la relación laboral como en la exigencia de que los representantes de los trabajadores/as estén presentes en los órganos de contratación, en el control al cumplimiento de la normativa laboral por parte de la empresa y en la fijación de los conceptos que determinan el contenido del derecho a un salario. En definitiva, la presencia de los agentes sociales será requerida durante la formalización del contrato de trabajo, y posteriormente, durante su ejecución y en su caso la extinción del contrato.

De esta manera, se debe exigir profesionalidad y ética a los Delegados de Personal y miembros del Comité de Empresa. Porque, si bien, la protección legal de acuerdo al artículo 17 del ET exige la eliminación de cualquier criterio sexista en la contratación y en la definición de las condiciones laborales, la propia norma deja un campo excesivamente amplio a la discrecionalidad empresarial. Por ello, la debida diligencia de los representantes legales en el control a la gestión de personal por parte de la empresa en aras del cumplimiento de la neutralidad de las ponderaciones en el acceso al empleo, y en la fijación de otras estipulaciones socioeconómicas de la relación laboral.

---

212 En un intento significativo por romper esta tendencia lo ejemplifica el Documento Unitario firmado por UGT y CCOO, para la negociación colectiva de 1998, cuando señala que los Convenios "*deben regular que las ofertas de empleo y pruebas de selección no sean excluyentes por razón de sexo ni contengan criterios discriminatorios*". Así como, *"fomentar la incorporación de mujeres en profesiones en que estén subrepresentadas"* (...) *"No conviene olvidar tampoco que el art. 8.3 c). ET obliga al empresario a entregar a los representantes legales de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que se celebren salvo los de alta dirección, y el art. 64.1.1 ET faculta al Comité de empresa a recibir trimestralmente información sobre los nuevos contratos, modalidades, número y tipos*", REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Principales problemas jurídicos- Constitucionales. Mujer y Constitución en España, Op. cit.*, pág. 451.

A este respecto se ha podido comprobar que: "*las discriminaciones son menos acusadas en los países en los que la negociación salarial está centralizada y se basa en una intervención consensuada de los interlocutores sociales (con altos niveles de sindicalización, también de las mujeres) y en torno a unos objetivos de igualdad claramente identificados, como la reducción del abanico de salarios o la revalorización de los salarios bajos*" (...) " *En resumen, algunos estudios internacionales (OIT Y OCDE) confirman el papel positivo de la negociación, toda vez que ésta limita el poder del empleador. Las fuerzas del mercado jamás han reducido espontáneamente las desigualdades salariales. Asimismo, todas las políticas de revalorización de los salarios bajos, de aproximación del abanico, contribuyen a reducir las discriminaciones sexuadas en materia de salarios, como ha ocurrido en Suecia hasta hace poco"*[213].

2.1.2.4.La segregación vertical: el techo de cristal

Los proyectos de igualdad de sexos en los últimos tiempos nacen con la idea de crear una política activa de integración de las mujeres, así como con un importante seguimiento y observación a los logros y fracasos obtenidos. En Europa, se puede hablar de una política de igualdad normativa consolidada y transportada a los Estados miembros, y que es formulada con el fin social de alcanzar la igualdad de las mujeres y los hombres.

Sin embargo, las mujeres siguen teniendo obstáculos en su desarrollo profesional, y, así, la OIT denuncia el denominado "techo de cristal", que se define como las dificultades de las mujeres de acceder a los puestos de dirección de empresas, tanto en las públicas como privadas.

Dicho de otra manera, una de las manifestaciones de discriminación para con las mujeres es la segregación vertical que sufren las trabajadoras en su participación en los procesos de promoción profesional por razón de su sexo, dando lugar al denominado "techo de cristal"[214]. El techo de cristal debe

[213] SILVERA, RACHEL, *Los salarios: cuando todas las demás circunstancias se mantienen desiguales*. En MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo*, *Op.cit.,* pág.198.
[214] OIT, "Campos de Batalla, puntos calientes y zonas de peligro. Las mujeres rompen el techo de cristal para situarse al pie de la noticia", *Revista OIT,* núm.46, marzo de 2003.

considerarse como aquellas barreras invisibles con las que se encuentran las mujeres en su trayectoria profesional para acceder a puestos de mayor responsabilidad[215].

En España, el "*Informe 2002"* de Corporate Women Directors Internacional afirma que en los Consejos de Administración de las 300 mayores empresas españolas, las mujeres apenas suponen el 4,6%. Es decir, de los 2.486 miembros de esos Consejos que había el año pasado, sólo el 115 eran mujeres. Más todavía, el 75% de esas empresas no tenían ninguna mujer en el Consejo de Administración, entre ellas están las diez empresas que tienen mayor facturación, tales como Repsol, Telefónica, Endesa, El Corte Inglés, Altadis, Iberdrola, Compañía de Española de Petróleos, Centros Comerciales Carrefour, Renault España[216].

Estos datos se ven confirmados con una presencia del 5,41% de mujeres como presidentas, vicepresidentas en un 2,56%, siendo la presencia femenina como consejeras del 2,88%[217]. Hemos de señalar que en este reducido porcentaje de la presencia de las mujeres en altos cargos de las empresas privadas hay un elevado porcentaje que tiene su causa en vínculos matrimoniales, o bien, con causa en herencia familiar.

Por eso, se puede se puede afirmar en palabras de WIRTH, "*Las mujeres siguen teniendo más dificultades en acceder a puestos de dirección que a puestos más bajos en la jerarquía. De vez en*

---

[215] Son significativas las aportaciones al respecto, DE DIEGO VALLEJO: "*La desigualdad entre hombres y mujeres tiene tal sutileza que se llega a creer que no existe" (...) "La maternidad y la falta de corresponsabilidad por parte de los hombres en las tareas domésticas, son dos de los obstáculos que más relevancia toman en este informe, en el que pone de manifiesto la escasa presencia de las mujeres en los puestos directivos de empresas de Castilla y León: sobre 1.100 directivos, sólo el 7,45% son mujeres, y tan sólo el 29,5% de las 200 empresas estudiadas cuentan con alguna mujer en su cuadro de dirección. Las razones se resumen en que aún "vivimos en mundo de hombres" y se desconfía de las mujeres a la hora de otorgarles responsabilidades".* El estudio realizado por el autor citado, menciona que entre otros motivos de segregación vertical, el hecho de que *"la sociedad acepta mal el éxito de las mujeres"* Además, señala que: "*(...) "Persisten estereotipos como el de la mujer ejecutiva agresiva porque, se la atribuye a la mujer menos capacidad para ejercer la autoridad, y se valoran poco sus cualidades de negociadoras. También juega en contra del acceso de la mujer a los puestos de dirección su talento "menos ambicioso y agresivo" y el hecho de que reconozca que tiene más satisfacciones con la familia. El perfil de la directiva es, sin embargo, muy similar al de los hombres que ocupan puestos de responsabilidad -casada y con hijos - aunque más jóvenes*", DE DIEGO VALLEJO, RAÚL, "Informe del CES de Castilla y León", *Diario de León,* 12 de junio de 2003.

[216] Según Fomento de la Producción, 2001.

[217] Datos elaborados por el Instituto de la Mujer a partir de los datos facilitados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

cuando, algunas mujeres son noticia por atravesar la barrera, pero estadísticamente representan un porcentaje muy bajo en los altos puestos de dirección. Sigue vigente la regla empírica: cuanto más elevada es la jerarquía de una organización, menos mujeres hay" [218].

A este respecto, como ejemplo de una situación de discriminación vertical femenina, se puede señalar que la STSJ de Cataluña, de 21 de octubre de 1998 -confirmada por el TS de 16 de agosto 1999- [219]. El TS ha confirmado que la Caixa Cataluña discriminó a sus trabajadoras en los ascensos desde 1986 a 1998, al permitir el acceso al cargo de delegados de sucursal a un porcentaje de mujeres muy reducido, en relación con el de hombres (76,9% y 23,1% respectivamente). En este caso es una política de ascenso aparentemente neutra, pero que indirectamente discrimina a las mujeres en cuanto a que la empresa, antes del proceso de ascenso, tenía una política de sugerir o recomendar la solicitud del puesto con anterioridad a determinadas personas.

La defensa de la empresa alegó una serie de argumentos, especialmente "interesantes", y, particularmente, machistas: "*Que no existían discriminaciones, porque se trataba de un cargo de confianza, sobre el que, por lo tanto, puede haber libre discrecionalidad en el nombramiento, porque no estaba formalmente vetado el ascenso a las trabajadoras y cuanto que, el hecho de que éstas hubieran ascendido menos, se debía a que las mujeres no hubiesen solicitado el ascenso en la misma proporción que sus compañeros (...).*

Siguiendo la crítica que hace REY MARTÍNEZ, "*Y es, en este último punto donde la defensa exhibe uno de los alegatos más machistas y despreciativos contra la dignidad de las mujeres trabajadoras, sosteniendo el letrado de forma aberrante que las mujeres pedían menos el ascenso porque dedicaban entre 4 y 4 horas y media por día al trabajo doméstico (los varones sólo media hora) enlazando ello con*

[218] Directora de la Oficina para la Igualdad de Género de la OIT y autora del estudio original sobre el tema. WIRTH, LINDA, *Romper el techo de cristal. Las mujeres en los puestos de dirección,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002. Directora de la Oficina para la Igualdad de Género de la OIT y autora del estudio original sobre el tema. www.ilo.org/gender

[219] REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España, Op.cit.,* págs. 456-457.

que las responsabilidades de delegado de oficina son muy graves, pues tiene que firmar operaciones de riesgo de hasta 50 millones de pesetas, lo que "evidentemente no se puede compaginar todo"[220].

Este argumento es claramente incierto, puesto que las estadísticas revelan que las mujeres dedican más tiempo que los hombres a las tareas del hogar, pero no hay datos estadísticos, ni laborales, ni sociológicos que prueben que este hecho sea consecuente con un menor rendimiento de las trabajadoras[221]. Por el contrario, se demuestra que las mujeres con doble tarea son capaces de desempeñar su trabajo con iguales objetivos y mismo interés que sus compañeros. Esta afirmación se justifica por una razón sencilla a tenor de una realidad y de una lógica que señalan que si fuese el caso contrario, las trabajadoras que reducen su rendimiento por tales causas serían objeto de extinción del contrato con carácter inmediato[222].

Por lo descrito, corresponde señalar que aunque las mujeres cada vez tienen una mayor presencia en puestos de trabajo de alta dirección. Sin embargo, en la actualidad los datos muestran que las mujeres siguen infrarrepresentadas en el sector privado, y que son víctimas de barreras en su derecho a participar en los procesos de promoción profesional.

La realidad muestra que las mujeres tienen limitado su ascenso profesional y, a título de ejemplo representativo puede indicarse, que la representación de las mujeres es del 2,38% en las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación. Igualmente, la participación de las mujeres en los Consejos de Administración y Presidencias de las Empresas del IBEX-35 muestran los siguientes datos: mujeres en la Presidencia representan un 5, 41% (Banesto e Información S.A.); en la Vicepresidencia el 2,56% (Abertis

---

220 REY MARTÍNEZ, FERNANDO. *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España, Op.cit,* pág.457.

221 Cfr. Apartado primero de este capítulo.

222 A este respecto es de interés lo señalado por DOMÍNGUEZ ALCÓN, "*Muchas mujeres son capaces de realizar actividades diferentes, pero no llegan a poder llevarlas a cabo porque no tienen la capacidad interna combinada con las capacidades externas oportunas para el ejercicio de una función. Es el caso de mujeres que están atrapadas en la armonización entre la vida laboral y familiar, no pueden disfrutar de la posibilidad que supone la participación equilibrada entre hombres y mujeres en esa armonización precisamente por la ausencia de las capacidades externas. La construcción del equilibrio precisa de una aproximación global, de la concurrencia de varios elementos y dimensiones, es el compromiso con el bienestar que afecta a las personas individuales y al colectivo social",* DOMÍNGUEZ ALCÓN, CARMEN, *Construyendo el equilibrio: mujeres, trabajo, y calidad de vida, Op. cit.,* pág. 309.

Infraestructuras S.A.); como miembros de Consejos de Administración el 2,88% (Abertis Infraestructuras S.A., Acerinox S.A., Arcelor S.A., Banco Popular Español S.A., Banesto, Enagas S.A., Indra Sistemas S.A., Metrovacesa S.A., Repsol YPF S.A.)[223].

Esta desigualdad se detecta incluso con relación a la representación pública, baste citar que en España la presencia femenina en el Congreso es del 36%, en el Senado las mujeres son el 25,10%; en los Parlamentos Autonómicos las mujeres son el 35,97%, siendo mayor la presencia femenina en el Parlamento de Castilla La Mancha, y en menor número Melilla, Ceuta, Navarra, y La Rioja. En el ejecutivo central las mujeres son el 50%, pero en los poderes ejecutivos de las Comunidades Autónomas representan el 28,57%, que a su vez es mayor el número de mujeres en los poderes ejecutivos de Andalucía y Ceuta, e inferior en Galicia y Extremadura. Al propio tiempo que aunque sean cargos de libre designación, es significativo que mujeres Delegadas de Gobierno supongan el 15%, las mujeres Subdelegadas de Gobierno se registran en el 9,09%. Asimismo, curiosamente, el 67% de las mujeres son juezas, y sólo el 1,08% son Magistradas del Tribunal Supremo. Para terminar las mujeres altos cargos de la Administración son el 22,3%, Secretarias Generales el 12%, Subsecretarias 22,22% y Directoras generales 23, 35%[224].

Los datos de altas y afiliación a la Seguridad Social corroboran esta pauta de discriminación, "*tres de cada cuatro nuevas afiliaciones en los grupos de cotización 2 -titulados universitarios de grado medio- y en el grupo de cotización 7 -auxiliares administrativos- son mujeres, aunque también muestran una presencia creciente de mujeres en el grupo 1 -titulados universitarios superiores-. En todo caso, no debe olvidarse que la presencia femenina en grupos medios-altos -"técnicos y profesionales" y "técnicos de apoyo"- mantiene una constante tendencia de aumento manifestada en esta última década"*[225].

Al respecto de los motivos para estas barreras en la promoción profesional de las mujeres, se pueden citar entre otros que las carreras profesionales de las mujeres se ven paralizadas al cumplir determinadas edades por el reclamo de la sociedad a las mujeres para que ejerzan su capacidad de

[223] Elaborados a partir de los datos facilitados por el MAP. Fuente: Instituto de la Mujer, IV Trimestre de 2004. www.mtas.es/mujer/mcifras/htm
[224] Fuente: Instituto de la Mujer, IV Trimestre de 2004. www.mtas.es/mujer/mcifras
[225] www.ine.es

maternidad, y les exige ser madres, esto es, las mujeres se ven acosadas por el denominado socialmente como reloj biológico femenino para procrear, y así, poder "realizarse" como mujeres.

Esta situación se ve agravada por el estereotipo social sobre los deseos de las mujeres, a saber, se considera que no tienen mayor ambición que la familia, y que en el momento de tener hijos/as lo abandonarán todo por ellos/as, porque no poseen mayores pretensiones profesionales. La creencia generalizada sobre los deseos de las mujeres con relación a su vida familiar y laboral soslaya que las mujeres por el hecho de ser madres no desean renunciar a su profesión. Eso es, se obvian sus intereses profesionales y sus deseos de ascenso a los puestos de mayor responsabilidad a la par que mantienen su deseo de ejercitar su derecho a su vida personal.

Hemos de señalar que la cultura y la educación tradicional influye, y por eso, las mujeres están menos dispuestas a cambiar de residencia, a modificar horarios, a desplazarse en cualquier momento no sólo dentro de España, sino al extranjero y realizar no siempre justificadas horas de permanencia en la empresa. Igualmente, se ven afectadas, porque la formación profesional requerida para los ascensos profesionales no está establecida para los contratos a tiempo parcial y temporales, ocupados por mujeres mayoritariamente. Todas estas causas pueden ser determinantes para que las mujeres antepongan sus obligaciones familiares conformándose con puestos de trabajo de menor prestigio. No obstante, cada vez mayor número de mujeres rompe con la creencia social de la maternidad como única forma de realizarse como persona y como mujer.

Aunque como ya indicamos, las mujeres solteras también sufren esta discriminación laboral, por lo cual consideramos que lo que realmente subyace como causa de discriminación vertical es la imagen de poder que se asocia a lo masculino, sexo que la empresa prefiere para ocupar los puestos de alta dirección.

En este sentido, uno de los argumentos dados a esta situación de discriminación está recogido en el Informe sobre los "Valores femeninos en la empresa" que constata: "Las empresas todavía están

organizadas para los hombres, y eso crea una fuerte presión sobre las ejecutivas" [226]. Además, cuando las mujeres alcanzan puestos de dirección deberán mostrar su capacidad profesional de forma y manera que sólo es demandada a las mujeres[227]. Esta situación de segregación vertical viene marcada por una cuestión antropológica y tradicional de una sociedad poco acostumbrada a que las mujeres sean ejecutivas, a que tengan poder de decisión empresarial o gerencia, y en cambio acostumbrada a que el ámbito de las trabajadoras se circunscriban al hogar, a la esfera de lo privado.

El problema radica en los límites psicológicos, pero reales que impone la empresa pública y privada en el momento de la promoción profesional a las mujeres, el llamado *currículo oculto* que mella las carreras profesionales femeninas. En palabras de DE DIEGO: *"Cuando una mujer llegue a Marte supondrá un logro mucho mayor que el hito que marco en los años 60, la llegada del hombre a la luna, no por el hecho de llegar a la luna sino por el hecho de ser mujer quien lo hiciera"*[228].

En suma, a pesar de que nunca ha habido tantas mujeres como fuerza de trabajo en el mercado siguen teniendo problemas para encontrar su puesto en el mismo. Pero, especialmente, dada su preparación formativa y profesional permite afirmar que las trabajadoras tienen barreras invisibles y simbólicas, que les dificultan su acceso a los puestos de trabajo de mayor nivel y responsabilidad. El ascenso profesional para las mujeres es lento y con criterios desiguales al no tener las mismas oportunidades que los hombres.

La eliminación de toda barrera sexista, combatir la segregación horizontal y vertical, así como compatibilidad la vida laboral y familiar se convierten en consignas a favor de la creación de un muro maestro social, que pasa sin lugar a dudas por favorecer desde los poderes públicos y privados la formación, la cualificación de la trabajadora y sus posibilidades de promoción profesional. Asimismo aumentar las inversiones públicas y privadas para crear redes de ayuda a la familia y servicios de

[226] Informe sobre "*Valores femeninos en la empresa*", realizado por la profesora CHINCHILLA, JULIA del IESE Business School de la Universidad de Navarra, 2002.
[227] DE ELENA Y PEÑA, JOAQUÍN, *Desigualdad social y relaciones de trabajo,* Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, págs. 117-127.
[228] DE DIEGO, RAÚL, *Diario de León,* 12 de junio de 2003.

guarderías, e igualmente, elaborando a este respecto campañas de información y sensibilización sobre el buen hacer de las mujeres en puestos de responsabilidad.

Las mujeres continúan teniendo dificultades para la promoción profesional en tanto se sigue valorando más el trabajo masculino que el femenino, manteniéndose las barreras al trabajo de las mujeres. Estas diferencias son determinantes para aumentar la autonomía y responsabilidad de los hombres frente a las posibilidades de las mujeres, que se ven limitadas a empleos de menor responsabilidad, o bien, limitaciones objetivas o invisibles del acceso a puestos de dirección ligándose el acceso a criterios no neutros que favorecen claramente a los hombres[229].

En esta medida, esta discriminación vertical exige una intervención en el marco de la negociación colectiva, en la cual se establezcan criterios neutros para la promoción profesional dentro de la empresa. Asimismo, esos criterios coyunturales no pueden dejar un margen de maniobra al empresario/a que sustraídos al control judicial desnaturalicen el contenido constitucional[230].

Por eso, tanto en el marco europeo como en el ordenamiento jurídico español existe un interés en que sea éste el cauce para el control de la igualdad de las mujeres y los hombres en los procedimientos de promoción profesional. Es decir, para que éstos se desarrollen en igualdad de condiciones entre los posibles candidatos y candidatas con el control que permite la cercanía de los agentes sociales a las trabajadoras en las empresas. En este orden, tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994, la

---

[229] MARUANI Y ROGERAT Y TORNS (Dirs.), *"En general, las mujeres siguen carreras directivas que van en contra del modelo masculino. Tienden a ocupar puestos funcionales (administración, comunicación) y funciones de aptitud técnica (estudio, investigación) más que puestos encuadrados dentro de la jerarquía de mando o de decisión"*(..)*" la división del trabajo entre los hombres y las mujeres es, por consiguiente, en primer lugar la atribución a los hombres del trabajo productivo y su exención del trabajo doméstico, y la asignación a las mujeres de este último a pesar de que cada vez son más numerosas, en una sociedad salarial como la nuestra, las que quieren entrar o permanecer en el mercado de trabajo".* (..) *"No obstante, en todas las partes y en todos los tiempos, el "valor" distingue el trabajo masculino del femenino: la producción "vale" más que la reproducción, la producción masculina "vale" más que la femenina (incluso cuando son idénticas entre sí) (...) Valor u principio de jerarquía permanecen inmutables bajo múltiples apariencias: el trabajo de un hombre pesa más que el de una mujer. Y quien dice jerarquía, dice relación social*". MARUANI, MARGARET Y ROGERAT, CHANTAL Y TORNS, TERESA (Dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000, págs. 82, 142 y 143.

[230] Directiva 2000/43/CEE, del Consejo de 23 de junio de 2000, sobre el principio de igualdad.

igualdad de oportunidades y de resultados insta a que los representantes de los trabajadores/as sean los responsables de controlar el proceso de promoción profesional.

Esta premisa, también, estará presente en la actuación de los órganos públicos, que deben conocer y resolver en orden a proteger y garantizar los derechos sociales de las mujeres en la empresa[231].

El examen y evaluación de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing realizada durante 2005, vuelve a recalcar la necesidad de continuar formulando políticas eficaces para conseguir una participación más equilibrada de mujeres y hombres en la toma de decisiones que se produzcan en los diferentes órdenes económicos, sociales y políticos.

Las soluciones están en la aplicación de la ley constitucional y normativa de desarrollo, esto es, efectividad de los preceptos constitucionales 35 y 40.2. Así como delimitar unas reglas de juego de no discriminación para el acceso a la promoción vertical de las mujeres dentro de la empresa. No dando por hecho la creencia tradicional de que las mujeres trabajan por entretenimiento, y la idea errónea de que las obligaciones familiares les impiden acceder a mayores responsabilidades profesionales. En aras de eliminar esta discriminación vertical, todo proyecto de igualdad de trato debe presidir el sistema de valoración de puestos de trabajo y clasificación profesional de los mismos.

De ahí, que uno de los propósitos del vigente Plan de igualdad entre hombres y mujeres sea la promoción profesional de las mujeres en la Administración pública. Así, se quiere dar ejemplo en la Administración educativa y en la universitaria incrementando la participación femenina en la toma de decisiones. Asimismo, impulsando la carrera docente de las mujeres universitarias mediante ayudas a la

[231] Véase, *Guía práctica para diagnosticar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas*: *Programa Óptima*, "*No se puede obviar las consecuencias no previstas de las políticas de protección de la mujer en tanto en cuanto se puede volver contra el propio objeto de protección, por ello la importancia de subyugar la rigidez del mercado, a la plena integración de la mujer, con especial hincapié en barrer el denominado "techo de cristal", que es el muro de la mujer para su promoción profesional tanto en el sector privado como público y en la consideración de la incorporación de los hombres en profesiones "femeninas*", (Lucha contra la segregación horizontal vertical). Instituto de la Mujer, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Instituto de la Mujer (2 edic.), 1997, pág. 8. www.mtas.es/mujer/htm

realización de trabajos de investigación. También, con su participación equilibrada en los grupos de expertos de la Administración que estudiarán las causas del por qué las mujeres tienen dificultades de acceso a los puestos de decisión y de dirección[232].

Este Plan propone crear redes de expertos en todos los ámbitos sobre la igualdad de oportunidades, promover la creación de titulaciones universitarias sobre la igualdad de género, estudio de la posición de las mujeres en la Administración, y detectar posibles discriminaciones, directas o indirectas[233]. Porque no es casualidad que las mujeres no ocupen cargos de alta dirección, cuando por otro lado las estadísticas muestran que las mujeres tienen una mayor preparación académica. En consecuencia, es un desfase de la empresa que no asimila la relación que se puede mantener entre formación y los deseos de las mujeres de tener una vida personal[234].

La última realidad muestra que se registran avances significativos, que indican un cambio en los empleadores/as que están empezando a tener una actitud a favor de la posición de las mujeres en los puestos de dirección. Lentamente, las empresas comienzan a entender que las políticas favorables a la familia, el mejor acceso a la formación y sistemas de orientación más sólidos que fomentan la preparación del personal femenino tendrán una respuesta directa y efectiva en los resultados económicos empresariales.

---

[232] Datos del Plan de Igualdad IV PIOM. www.mtas.es/mujer/htm.

[233] Un estudio de MARTHA NUSSBAUM señala que para asegurar una capacidad a una persona no basta con infundirle buenas disposiciones interiores de actuar. Es imprescindible preparar el entorno material e institucional para que las personas puedan actuar realmente, "Mujeres e igualdad según la tesis de las capacidades", *Revista Internacional del Trabajo,* vol. 118, núm.3, 1999, pág. 266.

[234] En este sentido, se pronuncia el Consejo Económico y Social: "*Pero esta situación no garantiza su reflejo futuro en los niveles de complemento más altos, pues las limitaciones a la promoción que impone el denominado "techo de cristal" tienen también su reflejo en las Administraciones Públicas. Tanto la coordinación o la dirección del trabajo como el desempeño de comisiones, delegaciones y representaciones, son actividades muy sesgadas a favor de los hombres en todas las Administraciones, tratándose además de una discriminación funcional claramente atribuible a las prácticas administrativas y no a otros factores, como las cargas familiares. (...) muestran que esta situación ha mejorado ligeramente, aunque sigue siendo minoritaria la presencia de mujeres en este tipo de puestos, de manera, por lo demás, muy pareja a la que se observa en otros países. La segregación por género con relación al tipo de estudios realizados entre el personal las Administraciones, como es lógico, no difiere sustancialmente de la existente en el total de la población ocupada española*", Consejo Económico y Social, *Panorama sociolaboral de la mujer en España,* núm. 39, I Trimestre de 2005.

Como indicamos en el apartado siguiente, los agentes sociales y económicos, empresarios/as y sindicatos tienen la capacidad y la responsabilidad de a través de diferentes herramientas jurídicas modificar las pautas para equiparar a las mujeres y a los hombres en el mundo del trabajo, que se debe de traducir en conciliar la esfera social y privada de los trabajadores y de las trabajadoras.

2.2. LA UTILIZACIÓN DE LA ACCIÓN POSITIVA CON RELACIÓN AL OBJETIVO DE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

2.2.1. Algunos apuntes sobre las medidas de acción positiva

En este apartado, hemos de remitirnos al acápite precedente y al capítulo quinto con relación a las medidas de acción positiva. Sobre esta cuestión se debe de señalar que por primera vez en el marco suprainternacional a través del Acuerdo de noviembre de 2002, de la Conferencia Internacional del Trabajo, se considera que los Estados que ratifiquen los Convenios de la OIT asumen la obligación de establecer condiciones de empleo y trabajo en términos de igualdad de las mujeres y los hombres. Así, para este objetivo deberán tomarse medidas que modifiquen "*los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres",* que dispensan un trato discriminatorio a las mujeres al considerarlas como seres inferiores, y lograr que se modifiquen las pautas para que los hombres y las mujeres ocupen igual espacio en el mundo personal y laboral, en lo privado y en lo público[235].

[235] En este orden, el artículo 11 manifiesta: " *De eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular: el derecho inalienable de todo ser humano; el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo, el derecho a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio, y el derecho a la formación profesional y al readiestramiento, incluido el aprendizaje, la formación profesional superior y el adiestramiento periódico, el derecho a igual remuneración, inclusive prestaciones, y a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo. Por último, prevé un sistema público de seguridad social para la garantía de la supervivencia económica de su familia*". Específicamente, el artículo 5 "*Los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para: modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios, y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole, que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres".*

La importante novedad de este Acuerdo se presenta en que por primera vez es obligatorio para los Estados ratificantes de Convenios de la OIT frente a la situación anterior, porque en todos los textos precedentes permitían descolgarse de este compromiso tras un período y con previa denuncia formal. Con este texto se comprometen los Estados a condenar todo tipo de discriminación, y a la adopción de instrumentos para la igualdad social de mujeres y hombres.

Por otro lado, sin pretender caer en reiteraciones, la UE en el artículo 2 de la Directiva 97/80/CEE, considera que, de forma genérica, no se está en presencia de discriminación por razón de sexo cuando una disposición, o la aplicación de un criterio o la práctica que tiene aparentemente un carácter neutro afecta a un número substancialmente mayor de miembros de un mismo sexo[236]. No obstante, se considera que estas medidas deberán ser justificadas por su necesidad, adecuándose de forma objetiva a los fines perseguidos.

La Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea de 2000 ha recogido expresamente en el artículo 22, que el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas, que estén destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales, o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

A este respecto debemos de añadir en esta materia junto al derecho vigente que señalamos en el capítulo tercero, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004), pues en el Título II "*No discriminación y ciudadanía",* el artículo III-124 considera como competencia de la Unión la elaboración de medidas para la lucha contra toda discriminación por razón de sexo, si bien se exige que sean aprobadas estas medidas por unanimidad del Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo.

[236] La UE en su responsabilidad de proteger los derechos sociales de las trabajadoras, en el Consejo de Barcelona de 2002 aprueba un Plan Integral de Apoyo a la Familia (2001-2004), e indirectamente de apoyo a la conciliación de vida familiar y profesional de los as madres que recoge el compromiso de reforzar los servicios de cuidados a la primera infancia y a la tercera edad responsabilidades netamente femenina, aunque en esta última cuestión es una de las mayores lagunas legales existentes en la actualidad.

De esta misma forma, la propia UE podrá adoptar medidas con el objetivo de apoyar las acciones emprendidas por los Estados miembros para alcanzar tales fines.

En esta misma línea, el artículo III- 214 en el apartado cuarto legitima a los Estados miembros para la adopción de medidas, que tengan como fin el garantizar la plena igualdad de las mujeres y los hombres en la vida profesional. El objeto es establecer ventajas concretas destinadas a facilitar, al sexo menos representado en el ejercicio de una actividad profesional, el acceso al mercado de trabajo a la par que prevenir o compensar desventajas en sus carreras profesionales.

El constitucionalismo social español incorpora estas medidas positivas justificadas a tenor del artículo 9.2 CE, esto es, se corresponden con la responsabilidad de los poderes públicos de lograr una igualdad real y efectiva de las mujeres y los hombres, y para ello podrán adoptarse distintas fórmulas para alcanzar este objetivo. Sin embargo, estas respuestas limitan su aplicabilidad a la fundamentación de las medidas, a saber, que sea la solución más certera para obtener la parificación de sexos. Así como que se diseñe con la proporcionalidad entre los medios y las consecuencias directas e indirectas, y siempre con el carácter temporal de la acción concretada hasta el momento en que deje de ser necesaria.

Estas medidas de acción positiva a favor de las mujeres en el mercado de trabajo se constituyen partiendo de la distinción entre los criterios de igualdad y de diferenciación. Aunque, en último término es la jurisdicción constitucional la que determinará la apreciación y valoración de si una medida fomenta la igualdad de oportunidades o perpetúa la situación de discriminación de género ya existente.

En este sentido, para encontrar el equilibrio preciso en palabras de Lucas Verdú, "Los preceptos constitucionales no deben interpretarse sólo como normas puramente técnico-jurídicas, ya que toda Constitución es política, inciden sobre ella valores, ideologías" [237].

[237] LUCAS VERDU, PABLO, *Artículo 1º. Estado social y democrático de derecho en Comentarios a la constitución española de 1978,* dirigidos por OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Tomo I, Madrid, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, pág. 119.

Sin que exista un concepto único u oficial de acción positiva puede considerarse como el conjunto de medios e instrumentos que tratan de eliminar o corregir la discriminación femenina. Estas acciones liman las desventajas de género creadas por la sociedad, pero son especialmente necesarias las acciones cuyo objetivo es la elaboración y la divulgación de campañas de sensibilización enfocadas hacia la prohibición de la discriminación por sexo, sin que quepa ningún tipo de justificación. Dicho de otra manera, el objetivo de la paridad entre los sexos requiere instrumentos que no sólo se circunscriban a los aspectos formales, sino que es necesario fomentar la labor pedagógica de sensibilización, divulgación y difusión de la normativa vigente en una materia con un fuerte componente social y cultural.

Por otra parte, la protección de la jurisdicción constitucional permite distinguir dos etapas evolutivas hacia la concepción actual de acción positiva. *En una primera etapa*, la igualdad de mujeres y hombres fue objeto de interpretación en un sentido estricto, así, se estimaba que la discriminación por razón de sexo se debía de identificar, únicamente, con la aplicabilidad de la igualdad legal en un sentido negativo, sin que fuese posible la excepción justificada y razonable.

Precisamente, el TC ha considerado inconstitucional de forma determinante el conjunto de medidas positivas formalizadas con carácter proteccionista hacia las mujeres, pero que terminaban obstaculizando el derecho a trabajar y progresar de las mujeres, por lo que el TC consideraba que debían declararse inconstitucionales e ilegitimas[238]. Los fundamentos para declarar la ilegalidad de estas acciones se cimentaban en que podían convertirse en quimeras que trataban de proteger engañosamente a las mujeres, por cuanto se volvían contra los derechos sociales de las mujeres. Es decir, podían tratarse de medidas aparentemente protectoras, pero con efectos no neutrales, que estarían reflejando los mismos valores sociales y culturales que han mantenido a las mujeres en una posición de inferioridad y relegadas del mercado de trabajo[239].

---

[238] La STC 317/1994, de 28 de diciembre resuelve mostrándose contraria al paternalismo, así declara inconstitucional la norma que otorgaba una indemnización en el caso de ruptura del contrato por contraer matrimonio, argumentando que: *"era una medida que alteraba el principio de igualdad de oportunidades o de trato a la mujer, perpetuando los estereotipos o patrones culturales".*

[239] VVAA., *Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980*, CCOO, patrocinado por la Generalitat Valenciana, 1994.

El paternalismo como señala CAMPS, debe de entenderse con carácter peyorativo cuando se promueven medidas que consideran, "*al protegido como incompetente, como un ser inferior*"[240].

En este sentido, cabe citar la STC 81/1982, de 21 de diciembre, por la que se valoró como discriminatoria para las mujeres y, por ende, se consideró inconstitucional de acuerdo al artículo 14 CE, la ordenanza laboral correspondiente que establecía como horas extras el trabajo realizado por una trabajadora ATS en fines de semana, pero se consideraba como jornada ordinaria cuando ese trabajo era realizado por un hombre y solamente las horas que superasen la jornada ordinaria eran horas extras.

Sin embargo, en aquel momento el TC no entró a debatir sobre el fondo del asunto, no estudió la situación laboral de las mujeres y si en su caso pudiera tratarse de una acción positiva. Únicamente, advirtió que era discriminatorio para los hombres. El TC no se posicionó sobre estas estrategias positivas. No obstante, sí planteó una lucha contra esa protección paternalista que aparentemente trataba de compensar a las mujeres, pero que en la realidad se volvían contra la igualdad de trato de las mujeres en el mercado de trabajo, impidiéndoles competir con el trabajador en igualdad de condiciones al tener aparentes privilegios que se volvían en contra de su derecho a trabajar.

De ese modo se negaba la constitucionalidad de medidas, falsamente protectoras, que partiendo de presupuestos de inferioridad física o de las obligaciones de las mujeres en el cuidado de la familia no hacían más que perpetuar y reproducir la posición de subordinación social de la población femenina a los intereses masculinos.

En esta misma medida, con la stc 207/1987, de 22 de diciembre y la stc 28/1992, de 9 de marzo, también se pronunció el tc con relación a la prohibición del trabajo nocturno de las mujeres o los pluses de transporte nocturnos concedidos únicamente a las mujeres; cantidades reconocidas solamente a las trabajadoras por ser calificado de objeto de riesgo su trabajo al ser desarrollado durante ese período de tiempo. En este caso se opta no por igualar por arriba, sino por declarar inconstitucional y extraíbles *estas*

[240] CAMPS, VICTORIA, "Paternalismo y bien común", *Doxa, Cuadernos de Filosofía,* núm. 5, 1988. www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

medidas del ordenamiento jurídico. Estas medidas son valoradas como ilegales al apreciar a las mujeres como seres más débiles que los hombres, y por lo tanto, no son condiciones extensibles al varón, sino que al ser ilícitas y nulas son invalidadas y no ampliables a los trabajadores.

En una segunda etapa, el TC reconoce que el derecho a la igualdad conlleva el reconocimiento constitucional de un trato diferenciado siempre que esté objetivamente justificado para alcanzar la finalidad buscada. De tal modo que a esta nueva etapa se corresponden las STC 38/1986, de 21 de marzo y STC 128/1987, de 16 de julio[241]. Con estos pronunciamientos de la justicia constitucional comienza una nueva línea de actuación del TC con la cual sí se distinguirá entre discriminación y compensación. El TC asume la posibilidad de una política positiva por parte de los poderes públicos, y así, alcanzar la protección real y efectiva del derecho constitucional de igualdad de mujeres y hombres.

El tc señaló que las desventajas sociales y jurídicas que afectan a las mujeres justifican que los poderes públicos adopten medias para remediar esas situaciones de discriminaciones de una sociedad

[241] RODRÍGUEZ-SAÑUDO Y ELORZA GUERRERO, analiza la STC 109/1993; de tal manera, que señala que: "*en primer lugar que el legislador "cuenta con una amplia libertad de configuración" de las medidas de acción positiva que considere oportuna. De la doctrina sentada en sus fallos se deduce que las únicas condiciones o límites dentro de los que el legislador se debe mover son: -la constatación de la existencia de una situación de discriminación social que se pretende eliminar (STC128/1987)- la temporalidad de la medida, (...) que sea una medida razonable, (...) finalmente, debe analizarse si puede asegurar o al menos colaborar en el establecimiento de la situación de igualdad del colectivo favorecido, evitando efectos indeseados. (...) La resolución argumenta en términos de < justificación> de la norma, de <causa>, no de resultado, cuando señala <<la justificación de que el permiso cuestionado se otorgue a la madre trabajadora sin mencionar al padre, ni siquiera tiene su origen en la diferencia de sexo, pues halla un fundamento objetivo y razonable en la peculiar incidencia que respecto de la situación laboral de la mujer tiene el hecho de la maternidad y la lactancia, en tanto, se trata de compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, que incluso se comprueba con datos revelados por la estadística>>. Por lo contrario, en el voto particular, el argumento se basa en el resultado, lo que parece mucho más adecuado desde el concepto de discriminación. Señala que<<descontado el hecho diferencial biológico como causa justificante de la discriminación>>, la sentencia pretende encontrarla en compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre, y aquí es, donde reside el motivo primordial de nuestra discrepancia, porque si bien, dicha finalidad tuitiva a lo sumo pudo encontrarse en los remotos orígenes de la norma frente a la situación anterior en la que no existía el derecho al permiso de lactancia (...) desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora, aquella finalidad se vuelve contra ella misma ya que a nadie se le oculta que, para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será más rentable contratar hombres que mujeres trabajadoras, dado el incremento de los costes laborales que por esta causa y otras biológicas las mujeres siempre ocasionan"*, "Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional", *XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales,* Madrid, Tecnos, 2001, págs. 298-302.

civil, social, y política que con tradiciones muy arraigadas vulneran el principio de la igualdad de mujeres y hombres.

La STC 128/1987, de 16 julio supuso el inicio de una segunda etapa en la que se legítima el reconocimiento de la acción positiva por primera vez, considerando que rompe la aplicación rigurosa de uniformidad de trato, y, por el contrario, constitucionaliza las diferencias de trato. No obstante, estas diferencias serán ilegales cuando se basen únicamente en la diferencia biológica, pues ello no es más que otra manifestación de discriminación de género.

Asimismo, con respecto de estas medidas, el TC consideró que debían de constituirse para eliminar y compensar la desigualdad real que de partida debe ser enfrentada por las mujeres en el ejercicio de su derecho a trabajar. Igualmente, señaló que se calificaban como constitucionales las medidas que tuvieran como objeto promover el acceso de las mujeres al mercado de trabajo, y, por ende, también serán legales las medidas concretas destinadas a favorecer la conciliación entre la vida familiar y profesional[242].

En este contexto, el TC consideró que eran constitucionales las medidas o las prestaciones económicas concebidas como ayudas para guardería a favor de las trabajadoras del Hospital Nuestra Señora de Sonsoles en Ávila, dependiente del INSALUD, con hijos menores de seis años y con independencia de su estado civil, que también, incluía, a los trabajadores viudos con hijos menores seis años. El TC afirmó que estas ayudas económicas eran medidas compensatorias, que no instrumentos de discriminación para los varones, que por otra parte no se les excluía cuando el menor estuviese a su cargo por viudedad[243].

---

[242] El TC afirmó en esta resolución que " *las medidas protectoras de aquellas categorías de trabajadoras que estén sometidas a condiciones especialmente desventajosas para su acceso al trabajo o permanencia en él- en comparación con las correspondientes categorías de trabajadores masculinos o con la población trabajadoras en general- no podrán considerarse opuestas al citado principio de igualdad, sino al contrario, dirigidas a eliminar situaciones de discriminaciones existentes".*STC de 128/1987, 16 de julio, FJ.2. www.tribunalconstitucional.es

[243] El TC consideró: "Con respecto del artículo 14, en su primer inciso establece una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la ley. Pero a continuación procede a referirse expresamente a una serie de prohibiciones de motivos de discriminación concretos. Esta referencia constitucional expresa no implica (...) la creación de una lista cerrada de supuestos de discriminación, pero sí, representa una explícita interdicción de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos como

En consecuencia, el órgano jurisdiccional consideró, que los poderes públicos pueden adoptar medidas diferenciadoras en el trato para buscar la igualdad entre aquellos que han recibido un trato desigual. Esto es, la stc 19/1989, de 31 de enero, señala que: "La virtualidad del Art. 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad que inicia su contenido, sino también, persigue la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas, que tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarios a la dignidad de la personal que reconoce el artículo 10 de la constitución (..); de ahí, que en principio, no pueden considerarse lesivas del principio de igualdad, aún cuando establezcan un trato más favorable las medidas que tengan por objeto compensar la situación de desventaja de determinados grupos sociales".

Por otro lado, estas medidas se han ido perfilando por parte del orden jurisdiccional en su justificación, de tal manera, que la stc 49/1990, de 26 de marzo, afirmó que la diferencia de trato basada en el sexo debe ser considerada conforme a la Constitución cuando está suficientemente justificada. Así como cuando su formalización es debidamente razonable para compensar la tradicional situación de inferioridad, que las mujeres han recibido en el marco social y en el mercado de trabajo.

De este modo, se considera que estas medidas son el frontispicio para que se favorezca el ejercicio del derecho de trabajar por parte del colectivo de las mujeres al que históricamente se le ha discriminado en el ámbito social. En esta misma medida, la stc 3/1993, de 14 enero y stc 187/1993, de 14 de marzo, en la perspectiva del artículo 9.2 CE, admiten que dar garantía al principio de igualdad de mujeres y hombres no impide la adopción de medidas, que permitan promover una real y efectiva equiparación de condiciones a las mujeres con respecto de los hombres.

En suma, el tc considera que la desigualdad en la situación de partida que padecen las mujeres debe ser corregida mediante este tipo singular de instrumentos. Al propio tiempo, el tc ha ido perfilando la formulación de las acciones positivas, al exigir que deban ser adoptadas medidas objetivas y singulares a

---

por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente *contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la CE".* STC19/1989, de 31 de enero, FJ.4. www.tribunalconstitucional.es

favor de las mujeres para que el acceso de las mujeres al empleo se produzca en igualdad de condiciones que los hombres[244]. El tc ha considerado que la protección a través de medidas positivas debe ser justificada, por cuanto se señala que la protección a las mujeres por sí sólo no era argumento suficiente para la diferencia de trato.

En consecuencia, se busca una igualdad de oportunidades que verifique que las mujeres en el mundo social tienen las mismas oportunidades reales que los hombres, sin intentar menoscabar los derechos de los mismos. Así, consideraba la jurisprudencia constitucional, que la igualdad de oportunidades es el medio para alcanzar el objetivo de una igualdad de resultados.

De esa forma, se trata de proteger la situación de las mujeres en la concepción de la equiparación y paridad de sexo, tanto en la igualdad normativa como en la igualdad material. Por lo descrito, se requiere que el estereotipo de sexo débil se corrija no sólo en virtud de la simetría de género, sino en cuanto a evitar medidas políticas populistas que únicamente empeoran la situación de las trabajadoras por recluirlas en el rol que les discriminan como ciudadanas.

De esta forma, como se indica en el capítulo primero de este trabajo, este contexto legítima la existencia de "cuotas femeninas" en determinados puestos de trabajo, que a pesar de las críticas se valoran positivamente, porque su adopción no supone que se aplique de forma generalizada, sino que será su implementación a aquellas situaciones en que las mujeres no están en igualdad de condiciones que los hombres. Además, se establecen cuando hay barreras en el mercado de trabajo para las mujeres, esto es, cuando entre un trabajador y una trabajadora en igualdad de capacidad y currículo exista una menor representación laboral de las mujeres en ese sector o puesto de trabajo. Sin embargo, no serán aprobadas medidas que establezcan diferencias de trato a favor de las mujeres cuando tengan inferior capacitación profesional[245].

---

[244] A este respecto deben verse la STC 81/1982, STC 28/1992, STC 229/1992.

[245] Estas medidas adquieren diversos contenidos, vale decir que entre estas medidas se encuentran las ayudas que otorga el Ministerio de Hacienda, que constituyen como beneficiarias de 1.200 euros a las mujeres trabajadoras con hijos/as menores de tres años a partir del año 2003. La idea, aunque de cuantía insuficiente, es positiva en cuanto a que es otro punto de sutura más en un intento de permitir a las madres, que continúen con su vida laboral y profesional de acuerdo al artículo 67 bis de la Ley de Impuesto de Renta sobre las Personas Físicas.

A pesar de todo lo indicado, los discursos políticos se muestran a favor de la igualdad de las mujeres y los hombres, pero a la vez parecen considerar nuestros políticos que ya es un problema caduco y solucionado, porque la Ley 62/2003, de 31 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y de orden social establece en el capítulo III una serie de medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato. A través de las mismas se busca una aplicación real y efectiva del mencionado principio de igualdad de trato y no discriminación, en particular se hace referencia al orden racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Sin embargo, no se hace mención alguna a la igualdad de sexos; de esa forma se debe hacer una denuncia de esta laguna legal, puesto que no hay ninguna alusión especial a la igualdad de mujeres y hombres, y, nuevamente, las mujeres se ven aquejadas de un abandono en el marco legal.

Por lo demás, aunque este tema es abordado en el capítulo quinto, hemos de señalar que consideramos que deben distinguirse, *en primer término*, aquellas acciones positivas que protegen el ejercicio de los derechos sociales que surgen con relación a la capacidad de las mujeres de ser madres, esto es, las normas protectoras del embarazo, parto y lactancia que son propias de las mujeres.

En segundo término, se situarían las acciones positivas que no deberían ser únicamente destinadas a la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres, sino que también serían medidas previstas para que el hombre pudiera ejercerlas y participar en sus derechos y obligaciones familiares; porque en el caso contrario seria una discriminación para el hombre que se vería discriminado en su derecho constitucional de protección a la familia, a la par que se perpetuarían los papeles sociales tradicionales de la madre y del padre, que supondría mantener el trabajo del cuidado familiar dentro de la esfera femenina.

Dicho de otra manera, se pretende que la conciliación sea transversal a toda la carrera profesional de las mujeres, pero evitando que la conciliación se asocie solamente a las mujeres. En el último capítulo vemos como las medidas en materia de protección social continúan, fundamentalmente, brindándose a las mujeres. De tal modo que se une capacidad de maternidad a la adopción de estas medidas de conciliación de la vida personal y profesional para las mujeres, pese a que estas medidas deberían estar contempladas para que, también, los hombres ejercieran sus derechos de padres e hijos.

En definitiva, desde el ordenamiento jurídico se ha procurado que estas medidas de acción positiva, desde la diferenciación, se implementen como el medio para que las mujeres puedan ejercer sus derechos sociales en igualdad de condiciones con respecto de los hombres. No obstante, también se han tratado paulatinamente de ir extendiendo las medidas de conciliación de la vida familiar y profesional a los hombres para que puedan ejercer sus derechos de hijos y padres en igualdad de condiciones, sin verse limitados por su sexo y los correspondientes estereotipos sociales que les declaraban exentos de tales responsabilidades familiares.

2.2.2. Estrategias para la igualdad

2.2.2.1. Plan de igualdad en el ámbito estatal

La acción positiva ha servido para justificar proyectos y planes que nacen con el fin de ayudar a que las mujeres ocupen su posición en el sistema social, pero se han planteado desde la demanda para su desarrollo de la implicación de la totalidad de las Administraciones públicas con independencia de su marco competencial y ámbito territorial, tal y como hemos mencionado en el capítulo primero.

Por otra parte, esta cuestión sobre la necesidad de coordinación entre las distintas Administraciones y la exigencia de medidas planteadas desde distintos órdenes socioeconómicos y políticos fueron anunciadas durante la Conferencia Mundial sobre las Mujeres en 1995. En la misma se abordó la necesidad de acciones positivas, quedando ligada su formulación a un término ya citado con anterioridad por la Comunidad Europea en 1986. Esto es, el “principio de mainstreaming” señalado en el capítulo siguiente, es introducido por el Tratado de Ámsterdam en su artículo 3, y se muestra, en la actualidad, como la necesidad de promover la defensa y garantía del principio de igualdad de hombres y mujeres en todas las actividades y políticas, y a todos los niveles administrativos. Además de la exigencia de valorar e intercambiar información entre los órganos responsables de su ejecución.

En España, sin llegar a la creación del Defensor para la Igualdad, que sí existe en Finlandia, se crea a estos efectos un Observatorio de la Igualdad de Oportunidades entre los hombres y las mujeres con el RD 1686/2000, de 6 de octubre. El Observatorio será dependiente del Instituto de la Mujer, y su

cometido será recopilar documentación e información sobre el cumplimiento de los Planes de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres.

Dentro de los compromisos de la Plataforma para la Acción de la IV Conferencia Mundial de las mujeres, el IV Plan para la Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres de 2003 a 2006, aprobado por el Consejo de Ministros, el 7 de marzo de 2003 tiene como esencial objetivo alcanzar la plena efectividad del principio de igualdad de género. Este Plan se proyecta con una clara voluntad de dar intervención a los agentes sociales, organizaciones no gubernamentales, y con la participación de todas las Administraciones públicas a través de distintos proyectos y programas de conjugación de la libertad y la igualdad de forma real y efectiva de acuerdo a lo señalado en el artículo 9.2 CE[246].

Los antecedentes se conciben en el primer Plan -1988 a 1990-, que nació con la pretensión de asegurar la coherencia del ordenamiento jurídico legal y judicial con el texto constitucional. Así, a tenor de la garantía de la igualdad de sexos se deberían eliminar las disposiciones y todas las normas discriminatorias contra las mujeres, por tal motivo se consideraba que se iniciaba una etapa de igualdad de mujeres y hombres desde la perspectiva normativa.

El segundo -1993 a 1995 - apuesta por la adopción de medidas para el logro de la igualdad en la ley y ante la ley avanzando hacia la igualdad real. Con el tercer Plan -1997 a 2000 - se buscó la participación de las mujeres en todos los órdenes socioeconómicos y políticos. De esta forma, se requería la presencia femenina en todas las organizaciones de la vida política, y se consideraba que se debía de promover la participación en la toma de decisiones en orden a alcanzar los objetivos de igualdad y desarrollo para los derechos sociales de las mujeres[247]. Asimismo, con estas propuestas estatales se trataba de fomentar la integración de la dimensión de la igualdad de oportunidades en la elaboración, aplicación y seguimiento de todas las políticas, medidas y acciones en tanto se debía hacer un serio seguimiento de su ejecución y desarrollo.

---

[246] CORCHETE MARTÍN, MARÍA JOSÉ, *El Defensor del Pueblo y la Protección de los Derechos,* Salamanca, Universidad Salamanca, 2001.
[247] AYUSO LÓPEZ, TERESA, *Fuentes Documentales sobre el Trabajo de las Mujeres, Op. Cit.,* pág. 250.

Por ello, en el vigente Plan se recoge un bloque de medidas destinado a promover la colaboración entre las gestiones de los distintos departamentos ministeriales, así como la exigencia de cooperación con la Administración autonómica y local, que toman un papel determinante frente a la exclusión de las mujeres. Igualmente, se desarrollará una campaña de sensibilización y concienciación sobre la eliminación de los estereotipos sexuales, por cuanto es la sociedad quien debe capitanear este cambio global e integral.

En suma, se prevé un conjunto de medidas de acción positiva interdisciplinares que se extenderán a todos los ámbitos, desde la formación de la sociedad y la promoción de la economía y la política. Estas medidas tratan de alcanzar la paridad de mujeres y hombres y reequilibrar las situaciones de discriminación sociales que afectan a las mujeres, ya que las mujeres continúan social y económicamente desfavorecidas por una sociedad que persiste en valorar los criterios masculinos, impidiendo el goce efectivo de sus derechos sociales como ciudadanas. En consecuencia, estas medidas son el apoyo a las mujeres que tienen el objetivo de otorgar ventajas y beneficios que aseguren la igualdad real de oportunidades de mujeres y hombres.

El Plan consta de ocho áreas, en la séptima área se aborda la conciliación de la vida familiar y laboral que se propone como instrumento para ser acomodada a la realidad que muestra que las mujeres están asumiendo la doble tarea, la extradoméstica al mismo tiempo que las obligaciones domésticas[248].

[248] Los datos que manejó el proyecto de elaboración del Plan de Igualdad Género sirvieron de punto de reflexión para su elaboración, así como, para analizar la ralentización de la efectividad de la igualdad de género y la segregación labora de la mujer. Estos datos fueron entre otros: una tasa de empleo masculina del 67,58%, la tasa de las mujeres es del 42,46% que supone 2,8 puntos más desde el año 1997 a 2002, del cual el 48,34% es en el sector público y el 37,63% en el sector privado. La tasa de desempleo de las mujeres es del 18,55% en 2002 frente al 27.96% en el año 1997. Además, el empleo femenino se caracteriza por empleos deficitarios y temporales, y sólo el 35,98% son contratos a tiempo completo y el 38,02 % con carácter indefinido, en tanto que el 43,71% son contratos temporales. Durante el año 2002, las empresas contratadas con titulación fue el 21,33%. El índice de mujeres tituladas trabajando aumenta desde 1996 a 2002 al 28,71%, pero la retribución de la trabajadora sigue siendo con respecto de los hombres de un 30% menos por el mismo trabajo. Esta condición tiene reflejo en materia de seguridad social, así, las pensiones de jubilación son en un 37,7% menores que las percibidas por los hombres. De igual forma, en 2001, las mujeres dedican 4 horas y 30 minutos más que los hombres a las tareas de tipo doméstico. Los hombres principalmente se dedicaban a las tareas de reparaciones en el hogar, mientras que las tareas domésticas eran consideradas funciones femeninas. A este respecto, se prevé la creación de Centros de Educación Infantil de 0 a 3 años, programar actividades deportivas y culturales fuera del horario escolar, a la par que se pide flexibilidad en la jornada e incentivar el teletrabajo -BOE 04/04/2003-. www.boe.es

Por ello, es esencial aplicar medidas que permitan la connivencia de las actividades propias de la vida profesional con aquellas derivadas del cuidado de la familia.

De esa manera, se trata de continuar una campaña de erradicación de los valores machistas de una sociedad anclada en los estereotipos y roles de las mujeres como sexo débil. Insoslayablemente, se hace precisa la creación de foros, seminarios, cursos para el profesorado, medios de comunicación y responsables políticos, sociales y económicos a fin de eliminar y de modificar esas actitudes discriminatorias para con las mujeres.

El Plan fue aprobado el 7 de marzo de 2003, y previamente se realizó un análisis de la realidad para que la toma decisiones fuese cercana al problema, y no dejar que la realidad se mostrase ajena a las normas y planes gubernamentales, porque en el caso contrario se les condenaría a un estruendoso fracaso. Este Plan tiene el objetivo de eliminar las diferencias sociales de inferioridad que sufren las mujeres en el mercado de trabajo, especialmente, en relación con la maternidad para evitar que las mujeres, su sexo y su capacidad para ser madres sean obstáculos a la igualdad de las mujeres en el ejercicio del derecho constitucional de trabajar[249].

De ahí, que tal como hemos mencionado, se hable de una mayor responsabilidad de los diferentes ámbitos públicos y privados para lograr tal objetivo, y por lo tanto, se reclame una estrecha colaboración de las Comunidades y Ayuntamientos, ONGs. Sin embargo, a pesar de la opinión académica generalizada de considerar necesarias estas medidas correctoras de situaciones de desigualdad de hecho entre las mujeres y los hombres, también es generalizada la tesis de que nunca podrán ser de naturaleza judicial, como resultado del recurso a la jurisdicción ordinaria, ni a la constitucional[250].

Así, como afirma MONTILLA MARTOS, "*el Tribunal no puede utilizar este mandato finalista para determinar las medidas concretas que el legislador o el aplicador de la ley pueden o deben adoptar en*

[249] En este sentido se ha pronunciado el TC en las sentencias 181/2000, FJ 10, STC 21/2001, de 29 de enero, FJ 2, STC 49/2002, de 25 de febrero, FJ 2 y STC 156/2003, de 15 de septiembre, FJ 3.
[250] MONTILLA MARTOS, J.A., *"El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad".* En *Estudios de Derecho Público (Homenaje a JUAN JOSÉ RUIZ-RICO)*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 457.

cumplimiento del deber de promoción de la igualdad real y efectiva ante su inacción (subvertiría su función de legislador negativo) y tampoco podría sancionar su incumplimiento mediante la declaración de inconstitucionalidad de determinadas normas que mantengan la situación de desigualdad real puesto que no opera como un límite concreto a la actuación de los poderes públicos"[251].

Asimismo, el *Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de marzo de 2005* da publicidad a la adopción de medidas implementadas para favorecer la igualdad de las mujeres y los hombres[252]. Esto es, el acuerdo incluye una serie de materias sobre las que se desarrollarán medidas para consolidar el protagonismo que las mujeres españolas han tenido en los últimos 25 años, pero que no se ve reflejado

[251] MONTILLA MARTOS, J.A., "*El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad". Op. cit.,* págs. 439-440.

[252] Orden PRE/525/2005, de 7 de marzo, por la que se da publicidad al Acuerdo de Consejo de Ministro por el que se adoptan medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres -BOE 08/03/2005-. En este sentido debemos de resaltar: con relación al empleo el acuerdo de que el 60% de las acciones del Plan nacional de acción para el empleo se dirigirá a las mujeres, tanto a efectos de subvenciones para incrementar el empleo femenino como para mejorar su ocupabilidad. Igualmente, se formulan medidas positivas, a saber, por un lado, los órganos de selección de la Administración General del Estado y organismos públicos, y empresas dependientes de ella tendrán una composición paritaria entre ambos sexos. Por otro lado, se incorpora una medida esencial, en aquellas ocupaciones de carácter público con baja representación femenina se reserva un 5% para ser ocupado por mujeres capacitadas, pero, aún más importante, es que esta medida se extenderá al sector privado tras el acuerdo con los interlocutores sociales. Al propio tiempo se aprobarán instrumentos para favorecer el acceso de las mujeres a los puestos de responsabilidad en el sector público, así como en las empresas dependientes del mismo. Al mismo tiempo, que dentro del Plan para la Igualdad de Género en la Administración General del Estado se aprueban otra serie de medidas, tales como la promoción de la igualdad de género en el acceso al empleo, planes de formación encaminados a facilitar que las mujeres puedan promocionarse profesionalmente. Por eso, al menos se reserva para las mujeres el 40% de las plazas en los cursos de formación del personal directivo adscrito a la Administración General del Estado, siempre que reúnan los requisitos correspondientes. Así como previo acuerdo con las organizaciones sindicales, todos los departamentos ministeriales establecerán dentro de sus planes de formación actividades encaminadas a la promoción interna de sus empleadas. Por otra parte, la provisión de puestos de trabajo mediante el sistema de libre designación se procurará realizar en criterios de proporcionalidad con la representación que cada género tenga en el grupo de titulación correspondiente; siendo la premisa el obtener paridad entre hombres y mujeres en la composición de los órganos colegiados de la Administración General de Estado y en los comités de expertos. En el marco del empleo, se atiende de forma explícita a la integración de las mujeres en las Fuerzas Armadas, que se acompañará de la creación de un Observatorio de la Mujer en las Fuerzas Armadas. En resumen, la igualdad de las mujeres y los hombres no debe ser considerada como concepto absoluto, sino relativo. En esta medida se requiere la constatación de una diferencia de trato con medidas que den atención a las distintas esferas sociales. Igualmente, para que se faciliten mejoras y beneficios sociales y económicos a favor de las mujeres menos representadas en el mercado de trabajo, así como respuestas a las dificultades de las trabajadoras de conciliación de la vida familiar y profesional.

en "*la igualdad plena y efectiva de derechos que reconoce la Constitución a la mujer como parte de su estatuto de ciudadanía".*

De este modo, al margen de las medidas para la conciliación de la vida familiar y laboral y de las medidas de lucha contra la violencia de género, que abordamos en apartados diferentes de este trabajo, se establecen una serie de actuaciones planteadas desde la coordinación entre Administraciones públicas y con la colaboración de los interlocutores sociales y económicos. Estas medidas están planteadas en referencia al incremento de las tasas de empleo de las mujeres, tanto en el sector público como privado, así como medidas para establecer instrumentos que permitan a las mujeres capacitadas acceder a los puestos de trabajo en los que hasta ahora se caracterizaban por una menor presencia las mujeres frente a los hombres.

De igual manera se aborda un programa de actuaciones e incentivos negociados con las organizaciones empresariales, que promueven la incorporación de las mujeres a los órganos de dirección de las empresas y a sus consejos de administración. A la par que se acuerda dar continuidad a convenios suscritos, o bien, firmar nuevos acuerdos con entidades públicas y privadas que tengan como objeto programas de incentivo de la creación de empresas con titularidad empresarial femenina.

Los Planes son fruto de la responsabilidad de los poderes públicos de adoptar medidas para buscar la igualdad de mujeres y hombres. Si bien, la importancia de este Plan radica en la necesidad de evaluar la aplicabilidad de estas medidas en sus contenidos y en sus resultados, y, de este modo, en su caso ser adaptadas a las nuevas exigencias y necesidades para alcanzar y favorecer la igualdad real de mujeres y hombres.

Por lo descrito, las medidas de acción positiva deben superar estos obstáculos que tienen las mujeres y compensar las desventajas históricas que han debido de soportar en el ejercicio de sus derechos sociales. Asimismo, eliminar y reparar la posición de desigualdad femenina que sufren debido a las actitudes y comportamientos basados en un reparto tradicional de funciones entre las mujeres y los hombres, que ha sido formulado de acuerdo a los estereotipos y roles masculinos y femeninos. Al propio

tiempo que con estas medidas se debe tratar de incrementar la presencia femenina en actividades profesionales, que hasta el momento registran una infrarrepresentación de mujeres.

2.2.2.2. Planes de igualdad en el marco autonómico

En esta línea, el compromiso formal por la igualdad de sexos se hace patente en la normativa autonómica, que trata de formular una malla jurídica de protección para garantizar el derecho a las igualdad de mujeres y hombres. A título de ejemplo Comunidades Autónomas, tales como Castilla y León y la Valenciana plasman sendas normas sobre la igualdad entre mujeres y hombres[253]. En el primer caso en la Ley 1/2003, de 23 de marzo -BOE 24 de marzo de 2003-, en el segundo caso, Ley 9/2003 de 2 de abril, -DOGVA del 4 de abril de 2003-.

Con esta normativa se reconoce explícitamente la necesidad de dar respuesta a la pretensión de una igualdad sustancial, que se preceptúa el artículo 2 del Tratado de Ámsterdam y el artículo 9.2 CE. Eso es, la exigencia de que los poderes públicos promuevan condiciones para que la libertad y la igualdad de individuos y de los grupos sean reales y efectivas, y por ello, la necesidad de remover los obstáculos para facilitar la participación de las mujeres.

En este sentido se manifiesta la norma valenciana, que plantea como objetivos: la promoción de un plan de igualdad de oportunidades para lograr la independencia económica, así como su emancipación, y superar la imagen estereotipada de las mujeres en la sociedad, especialmente, en el campo educativo, económico y conciliar la vida familiar y laboral. Debe de ser destacado que en la Comunidad Valenciana se crea la Defensoría de la Igualdad de Género, también el Observatorio de Género con competencias en el impulso de la igualdad de género.

---

[253] El artículo 26 de la Ley 9/2003, de 2 de abril sobre la igualdad entre las mujeres y los hombres de la Comunidad Valenciana, afirma, "*En el ámbito de aplicación de la presente ley, y para evitar las bolsas de marginalidad o pobreza que está suponiendo el impago reiterado de las pensiones por alimentos a las mujeres, la Generalitat Valenciana garantizará mediante un sistema de anticipos, el pago de alimentos reconocidos a favor de las hijas e hijos menores de edad en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, en los supuestos de separación legal, divorcio, o declaración de nulidad del matrimonio y proceso de filiación o de alimento. El pago de los anticipos previstos se atenderá con cargo a un Fondo dotado en los presupuestos de la Generalitat Valenciana. La gestión de dicho Fondo corresponderá a la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo*".

De acuerdo con los principios de la coordinación, la Junta de Castilla y León prevé la creación de la Comisión de Interconsejerías para la Igualdad de Oportunidades entre las mujeres y los hombres, cuyo fin es que este principio esté presente en todos los proyectos legales. De la misma forma, se incide en la necesidad de participación de las mujeres en el Consejo Regional de la Mujer y los Consejos de las mujeres de las entidades locales, porque como hemos indicado, la igualdad pasa por una participación equilibrada en el acceso al poder y en la toma de decisiones.

La totalidad de medidas, en ambos planes de acción positiva, tienen como objetivo el progreso económico y social en aras del bien común, y con estrecha colaboración entre las entidades locales y otras de diversa índole implicadas en la materia.

De tal modo que son ayudas que arropan a las mujeres en su vida laboral, particularmente a las trabajadoras de zonas rurales. También estas medidas se definen con campañas de sensibilización de la sociedad sobre la igualdad de mujeres y hombres, asesoramiento y orientación para las mujeres, y concienciación del derecho de las mujeres sobre el uso de su tiempo libre, ocio y de la eliminación en todo tipo de textos del lenguaje sexista. Además, se conforma un plan de estabilidad en el empleo y su mayor participación en las decisiones que impliquen intereses económicos y sociales; asimismo, se fomentará el autoempleo en estas zonas donde el empleo y las tasas de actividad femenina muestran menores registros que con respecto de las masculinas.

En efecto, el marco legal autonómico trata de evitar la doble jornada de las mujeres, la desprotección social femenina estableciendo servicios públicos autonómicos y municipales que faciliten a las mujeres la conciliación de la vida familiar y profesional a través de la programación de distintas actividades en horario laboral. Es decir, apertura de guarderías y centros públicos de atención a la infancia, así como centros de atención a las personas mayores. Por otro lado, desde la perspectiva laboral se trata de incentivar la inserción laboral y el incremento de la participación de las mujeres en los órganos de decisión laborales; sirva recordar que los servicios de empleo están transferidos con carácter general a las Comunidades Autónomas.

En relación con la importancia de las medidas adoptadas se exige hacer referencia a la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad entre las mujeres y los hombres en el País Vasco[254]. Esta norma autonómica responde al cambio experimentado por el papel de las mujeres en la sociedad, aunque se reconoce que las mujeres siguen sufriendo la discriminación derivaba de la existencia de estereotipos y patrones socioculturales de conducta en función de sexo, que asignan a las mujeres la responsabilidad del ámbito de lo doméstico y a los hombres la del ámbito público sobre la base de una muy desigual valoración y reconocimiento económico y social.

Con esta norma se trata de elaborar una política de igualdad de género necesaria, tanto en el ámbito privado como público para dar respuesta adecuada a las exigencias de igualdad de mujeres y hombres como derecho humano, a la par que se concibe como una necesaria estratégica para la profundización en la democracia social. Estas medidas están dirigidas a promover la autonomía y a fortalecer la posición de las mujeres en el orden social, económica y política al fin de lograr una sociedad igualitaria desde la igualdad de oportunidades, de trato, pero del mismo modo desde la diferencia y la integración "*en cuanto a su biología, condiciones de vida, aspiraciones y necesidades, como la diversidad y diferencias existentes dentro de los propios colectivos de mujeres y de hombres".*

Para este objetivo confluyen una serie de medidas que permiten distinguir en primer lugar, desde la perspectiva institucional, la reclamación a las instituciones comunes autonómicas de medidas legales y de acción positiva en materia de igualdad de mujeres y hombres, pero a la vez los órganos forales y a las Administración local, también deberán colaborar en este fin social.

A tal fin se crea la Comisión Interinstitucional para la Igualdad de Mujeres y Hombres competente en la coordinación de las políticas y programas que en materia de igualdad de mujeres y hombres desarrollen la Administración autonómica, la foral y la local.

Al mismo tiempo, la Comisión Interdepartamental para la Igualdad de Mujeres y Hombres se concibe como órgano de coordinación de las actuaciones del Gobierno Vasco en materia de igualdad de

[254] Boletín Oficial del País Vasco de 2 de marzo de 2005.

mujeres y hombres. Además, se crea la Defensoría para la Igualdad de Mujeres y Hombres como órgano de carácter independiente, con el objetivo de velar por el cumplimiento del principio de igualdad de trato en el ámbito autonómico y, específicamente, será "competente para defender a la ciudadanía ante posibles situaciones o prácticas discriminatorias por razón de sexo que se produzcan en el sector privado" [255].

En segundo término, uno de los avances que se producen es el establecer medidas para la mejora en la elaboración de estadísticas y estudios socioeconómicos por cuanto el criterio de igualdad de sexos será en los mismos una variable constante de reflexión.

En tercer término, se prevén medidas en el marco de la participación sociopolítica, de tal modo que los poderes públicos vascos deben promover que en el nombramiento, y designación de personas para constituir o formar parte de sus órganos directivos y colegiados se asegure una presencia equilibrada de mujeres y hombres con capacitación, competencia y preparación adecuada[256]. Pero el aspecto más

[255] La Administración de la Comunidad Autónoma vasca promoverá la creación de una entidad que ofrezca un cauce de libre adhesión para la participación efectiva de las mujeres y del movimiento asociativo en el desarrollo de las políticas sociales, económicas y culturales. Igualmente, sea una interlocución válida ante las administraciones públicas vascas en materia de igualdad de mujeres y hombres. Por otra parte, se prevé el establecimiento de un procedimiento para incorporar el principio de igualdad en la normativa y actuación administrativa con previa evaluación previa de impacto en función del género; de esta manera, los proyectos de normas que se elaboren en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma han de ser informados por el Instituto Vasco de la Mujer. Igualmente, la valoración de la igualdad de género como un problema social hace que a las entidades sin ánimo de lucro que trabajen en el ámbito de la promoción de la igualdad de mujeres puedan llegar a considerarse entidades de interés público. En este marco en la concurrencia a convocatorias de subvenciones y ayudas públicas no podrán presentarse personas físicas o jurídicas sancionadas administrativa o penalmente por incurrir en discriminación por razón de sexo, ni las sancionadas con esta prohibición en virtud de la presente Ley para la Igualdad de Mujeres y Hombres. En esta misma línea, las políticas públicas educativas deben ir dirigidas a conseguir un modelo educativo basado en el desarrollo integral de la persona al margen de los estereotipos y roles en función del sexo, al rechazo de toda forma de discriminación y, al mismo tiempo, a la garantía de una orientación académica y profesional no sesgada por el género. Por lo demás, y, con relación a lo que hemos señalado al respecto del techo de cristal, se promoverán medidas con relación a la carrera docente y el acceso a los ámbitos de toma de decisiones. Al respecto de la protección a otros derechos sociales, se hace mención específica a la mejora de la salud de las mujeres, al medio ambiente, vivienda y a la adopción de medidas para contrarrestar la mayor incidencia de la pobreza y la exclusión social en las mujeres.

[256] Por su parte, se modifica la Ley de la Función Pública Vasca al dar prioridad a las mujeres en el acceso a la Administración vasca en los casos de igualdad capacitación cuando la representación de las mujeres sea inferior al 40%. Asimismo, salvo debida justificación, las mujeres serán parte de los tribunales y órganos técnicos de selección para que existe un equilibrio entre ambos sexos, es decir, se "*considera que existe una representación equilibrada*

importante debe señalarse que también está prevista esta medida, exigiendo una mayor presencia de las mujeres en los órganos de dirección de las asociaciones y organizaciones profesionales, empresariales, de economía social, sindicales, políticas, culturales o de otra índole. Así, se reclama que exista una presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de decisiones de diferentes esferas sociopolíticos.

En cuarto término, se atiende a la esfera de la cultura, deporte y medios de comunicación al impedir la organización, y realización de actividades culturales en espacios públicos en los que no se permita o se obstaculice la participación de las mujeres en condiciones de igualdad con los hombres. Asimismo se veda la concesión de cualquier tipo de ayuda a las organizaciones implicadas, en orden a obligarlas a que garanticen la participación de las mujeres en los acontecimientos que convoquen dentro de su funcionamiento. Así, se prohíbe que en cualquier medio de comunicación se produzcan alusiones discriminatorias o atentatorias para la dignidad de las mujeres, particularmente, cuando presente a las mujeres como meros objetos sexuales o banalice sobre la violencia contra las mujeres.

En quinto lugar, se aporta una novedad sobre el trabajo doméstico de las mujeres, comprometiéndose la Administración vasca a realizar periódicamente estimaciones del valor económico del trabajo doméstico, incluyendo el cuidado de las personas a fin de dar a conocer su importancia económica y social. Asimismo, desde la esfera pública se tendrá en cuenta el valor del trabajo doméstico en el diseño de sus políticas económicas y sociales. Por eso, las Administraciones públicas vascas se obligan a generar una política que corresponsabilice a los hombres del trabajo doméstico.

Por su parte, Administraciones públicas vascas, en el ámbito de sus competencias, han de promover las condiciones para que la igualdad de oportunidades y trato de mujeres y hombres sea real y efectiva, tanto en las condiciones de acceso al trabajo por cuenta propia o ajena como en las condiciones de trabajo, formación, promoción, retribución y extinción del contrato[257].

---

cuando en los órganos de más de cuatro miembros cada sexo está representado al menos al 40%"". Además, con referencia a la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca se añade un párrafo 2 al artículo 27 de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca.

[257] Artículo 37 "*Servicios de empleo: 1. – Los servicios de empleo que intervienen en las diferentes fases del proceso de acompañamiento a la inserción laboral no podrán tramitar ninguna oferta de empleo discriminatoria por razón de*

Las Administraciones públicas vascas promoverán las medidas de índole jurídica y económica necesarias para mejorar las condiciones de las mujeres viudas que se encuentren en una situación de precariedad económica derivada de su estado civil, o bien, y eso es un importante avance, cuando la causa se deba al impago de pensiones compensatorias y alimenticias fijadas en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial en los casos de nulidad matrimonial, separación legal, divorcio, extinción de la pareja de hecho por ruptura, o proceso de filiación o de alimentos. Del mismo modo que las Administraciones públicas vascas velarán por el bienestar y la protección social de las mujeres de la tercera edad, y fomentarán su participación en la vida política, económica, social y cultural.

Una de las cuestiones a las que se presenta particular atención es a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral al objeto de que se fomente la corresponsabilidad de los hombres en el trabajo doméstico a la par que se deberán adecuar a este objetivo las estructuras del empleo, la flexibilización y reordenación del tiempo de trabajo. Así como crear y acomodar los servicios sociocomunitarios a esta necesidad de conciliación. Al mismo tiempo que se deben incrementar o reconocer prestaciones

---

sexo. 2. – A fin de adecuar los servicios de empleo al principio de igualdad de mujeres y hombres, las administraciones públicas vascas: a) Formarán al personal de sus servicios de empleo y al de las entidades colaboradoras sobre el modo de incorporar la perspectiva de género en cada fase del proceso integral de acompañamiento a la inserción laboral: información-orientación, formación, intermediación, apoyo y seguimiento a la inserción y promoción empresarial y autoempleo. b) Promoverán que los servicios de empleo adopten medidas dirigidas a conseguir un aumento del número de mujeres contratadas en profesiones en las que están subrepresentadas". Artículo 38: "*Acceso al empleo: Con el objetivo de favorecer el acceso al empleo de las mujeres, las administraciones públicas vascas con competencia en la materia: a) Establecerán, en aquellas ayudas dirigidas a empresas que prevean medidas para el fomento de la contratación, porcentajes de contratación de mujeres y hombres, en función del tamaño de la empresa, del sector de la actividad y de la disponibilidad de mano de obra de mujeres y hombres para los puestos requeridos. b) Desarrollarán programas de fomento de empleo estable y de calidad para mujeres y de apoyo a la contratación de éstas, que permitan, por un lado, elevar su cuota de participación en las diferentes modalidades de contratación, y, por otro, acabar con el empleo precario y la temporalidad dominantes hoy en día sobre todo entre las mujeres c) Priorizarán, en el acceso a las ayudas para la financiación de gastos de constitución, inversión en activos y gastos generales de funcionamiento, las iniciativas empresariales promovidas mayoritariamente por mujeres, en especial en aquellos sectores y profesiones en los que estén infrarrepresentadas. d) Fomentarán que las sociedades de garantía recíproca que cuenten con ayuda pública establezcan fondos específicos destinados a favorecer la constitución y/o consolidación de iniciativas empresariales promovidas mayoritariamente por mujeres*". Del mismo modo, la Administración de la Comunidad Autónoma, en la negociación colectiva con su personal, ha de plantear medidas para promover la igualdad de mujeres y hombres en el ámbito del empleo público. De igual manera que ha de procurar el diálogo entre los interlocutores sociales a fin de que en la negociación colectiva referida al sector privado se incorporen también este tipo de medidas, en especial las dirigidas a eliminar la discriminación retributiva.

económicas y medidas fiscales consideradas adecuadas a tal fin, como las ayudas a los trabajadores y trabajadoras que se acojan a excedencias, permisos y reducciones de jornada para atender a las necesidades domésticas y del cuidado de personas dependientes.

En último lugar, consideramos que esta norma es novedosa en numerosos aspectos, al mismo tiempo que hemos de señalar que apreciamos como positivo la exigencia del seguimiento previsto a su desarrollo y ejecución. Así, se exige que cada cinco años, la Comisión Interinstitucional para la Igualdad de Mujeres y Hombres haga un seguimiento del cumplimiento, del desarrollo, de la aplicación y, en su caso, de la oportunidad de revisión de la presente ley. El informe de esta institución será remitido al Parlamento Vasco.

En definitiva, estas medidas desde la perspectiva normativa de las Comunidades Autónomas tienen un nexo común que es el reconocimiento normativo sobre las dificultades de las mujeres en el ejercicio de sus derechos sociales, y de la persistencia de estereotipos sociales que exigen a las mujeres asumir responsabilidades familiares como principales sujetos obligados, planteándose dificultades en los supuestos de que tomen la decisión de seguir trabajando.

De esa forma, estos Planes de acción positiva tratan, desde la diferenciación, de alcanzar la igualdad material para las mujeres a través de la adopción de medidas que contrarresten las originarias situaciones sociales discriminatorias sufridas por las mujeres. A este fin se debe de añadir que en esta materia, tal y como hemos visto en el primer capítulo y en el apartado último de este capítulo, las Comunidades Autónomas también han asumido el desarrollo de Planes de acción positiva destinados a la igualdad entre las mujeres y los hombres con medidas abordadas desde una perspectiva multidimensional.

2.3. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA SOCIAL DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

2.3.1. Reflexiones sobre la necesidad de la intervención de los convenios colectivos para alcanzar la efectividad de los derechos sociales de las mujeres

En consonancia con lo mencionado, el diálogo social es el instrumento de trabajo para lograr la plena equiparación de los sexos, y como medio fundamental para colaborar en el objetivo de alcanzar la eliminación de todo atisbo de discriminación directa e indirecta de la que son víctimas las mujeres. Por ello, se considera que la negociación colectiva debe respetar los paradigmas que formarán el protocolo de actuación en las negociaciones colectivas.

De esa manera, debemos de distinguir la regulación convencional con el objetivo de la no discriminación de género en el marco de la relación laboral. Así como la adopción de medidas que mejoren el derecho de protección de las mujeres en el ejercicio de su maternidad, y aquellos instrumentos que faciliten la conciliación de la vida familiar y profesional en materia sociolaboral.

Estas medidas serán tratadas, sin perjuicio de los aspectos que se abordan en el capítulo quinto, referentes a la negociación colectiva y la seguridad social, porque consideramos a efectos de la estructura del trabajo que debemos subrayar la importancia de la función reguladora convencional sobre esta cuestión dada su incidencia en la presencia de las mujeres en el mercado de trabajo[258].

La negociación colectiva es uno de los cauces más adecuados a tales objetivos y así, también desde esta vía convencional, se deben de evitar las actuaciones actitudinales que perpetúan los estereotipos sociales de género. Además, este marco de actuación colectiva adquiere la obligación de fomentar medidas de acción positiva, tanto en Convenios Colectivos sectoriales como empresariales. De ese modo, se considera que este contexto social permitirá de forma más factible hacer realidad las medidas para incrementar la presencia de las mujeres en las empresas, así como el respeto y protección a los derechos sociales de las mujeres.

Al propio tiempo que se pretende una mayor responsabilidad de los representantes legales de los trabajadores/as en los procesos de selección de personal. Esto es, su presencia tiene el objeto de que el acceso al mercado de trabajo sea conforme a criterios de selección objetivos y neutros sin ninguna

[258] Amplía contenido, *Guía no sexista de negociación colectiva. Programa Óptima,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2000.

distinción por razón de sexo, a la vez que asumen la responsabilidad, por la inmediatez con las trabajadoras, de denunciar la existencia de currículos ocultos que discriminan a las mujeres.

La protección jurídica del derecho al trabajo reclama la presencia de los agentes sociales, con el objeto de garantizar la igualdad de sexos, en los órganos de selección de recursos humanos de las empresas públicas y privadas. Asimismo, se considera esencial la presencia de las mujeres en las mesas de negociación para definir los criterios, que deben ser aplicados en la determinación de los elementos del contrato de trabajo[259].

De igual manera, sin perjuicio de las obligaciones de protección del derecho al trabajo de las mujeres por parte del poder legislativo, los Convenios Colectivos deben acotar el concepto de "*libertad de gestión de empresa*". Estas limitaciones a la libertad de gestión de la empresa pretenden que la misma no encubra situaciones de discriminación para los derechos sociales y económicos de las mujeres. Por el contrario se busca que el libre albedrío de las empresas en su gestión y organización se desarrolle con transparencia, y pueda ser controlable jurídicamente a fin de evitar que se convierta en un criterio discriminatorio para las mujeres al avalar decisiones empresariales en el marco del contrato de trabajo.

En este sentido, los poderes públicos y privados han manifestado la necesidad de institucionalizar a los agentes sociales y económicos como garantes de la igualdad de mujeres y hombres, y así, hacer responsable de la efectividad de este derecho a la Comisión Paritaria de los Convenios Colectivos, que para mayor eficacia de sus obligaciones en esta materia se podrá legitimar la creación de la figura del *agente*. Este agente podría tener competencia en la aplicabilidad de la igualdad de sexos en las negociaciones colectivas.

---

[259] No es fácil corregir y controlar los criterios fijados para el acceso al empleo, esto es, "*... la sanción para corregir la discriminación en el momento de acceso al empleo es francamente limitada, porque siempre cabe neutralizar los requisitos de acceso al empleo y luego proceder en la selección conforme a las instrucciones sexistas más o menos "ocultas" del empleador*", BALLESTER PASTOR, M.A., " Normativa nacional en materia de igualdad de trato en el ámbito laboral y de la Seguridad Social", *AS,* 1998, T.V., pág. 611. Citado por, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002, pág. 80.

Asimismo se ha reclamado una mayor responsabilidad de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. De tal manera, que desde este órgano se debería promover la labor de estudio y difusión de buenas prácticas en esta materia, concretándose en la protección de los derechos e intereses de las mujeres en el mercado de trabajo.

El Consejo Económico y Social reconoce el papel esencial de los interlocutores para generar un entorno favorable a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, y establecer una serie de condiciones para la eliminación de discriminaciones, así como instrumentalizar acciones en aras del cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades y ocupación[260]. Esto es, se considera que el Convenio Colectivo será instrumento para la consecución del objetivo de favorecer el derecho de las mujeres a un trabajo digno y en igualdad de condiciones con respecto de sus compañeros.

En esta medida, desde los últimos años se comienza a percibir una mayor implicación convencional. Sin embargo, el propio Consejo Económico y Social reconoce que hasta la década de los años noventa apenas se había reparado en las posibilidades de la negociación colectiva como instrumento para reforzar la igualdad y no discriminación de hombres y mujeres en el empleo.

La igualdad de oportunidades y de trato de los hombres y las mujeres son obligaciones para todos los órdenes políticos, económicos y sociales. Por eso, es necesaria una adecuada orientación para vencer los estereotipos tradicionales de sexo que influyen en las decisiones de las mujeres de tener un puesto de trabajo en el mercado de trabajo, y el ejercicio de sus derechos socioeconómicos de forma análoga a sus compañeros. De esta manera, para tales objetivos es obligatoria una política social de carácter global con un presupuesto comprometido, pero en su formulación también deben de participar los agentes sociales.

En este sentido, hay un consenso sobre la introducción en los Convenios de cláusulas dirigidas a reforzar el principio de igualdad de hombres y mujeres en el trabajo, favoreciendo la necesaria adaptación

[260] El Informe del Consejo Económico y Social "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003.

del sistema de relaciones laborales a la transformación estructural y de contenido que ha supuesto la decidida incorporación de las mujeres al mercado laboral.

Por lo descrito, el Convenio Colectivo cumple en la práctica un *papel divulgativo y de guía* esencial para los trabajadores/as y para los empresarios y las empresarias. La negociación colectiva no puede ser inmune a la influencia de factores culturales y sociales presentes en nuestra sociedad. En estas condiciones, el marco de la negociación colectiva se debe de convertir en la plataforma para la eliminación de los postulados contrarios a la igualdad de las mujeres, que tenga como base una panoplia de medidas surgidas desde el respeto de los derechos sociales de las mujeres.

Los datos manifiestan que la evolución sobre la participación de la negociación en la formalización de medidas para la igualdad de sexos, como así se refleja en los Acuerdos Interconfederales suscritos en España por los interlocutores sociales, viene asumiendo ese papel cada vez de forma más relevante[261]. Desde el ordenamiento jurídico español y comunitario se reconoce a la autonomía colectiva como instrumento generador de un entorno laboral favorable a la igualdad de oportunidades[262].

Es decir, se ha producido un interés creciente para que sea el marco de la negociación colectiva el que asegure, mejorando lo establecido legalmente, la implementación de medidas que incrementen la presencia de las mujeres en las empresas en igualdad de condiciones que los hombres. Así como la mejora de las condiciones sociales para que los padres y las madres puedan ejercer sus derechos sociales armonizando el tiempo de trabajo, sus intereses profesionales y sus compromisos personales.

---

[261] El ANC 2005 reproduce los criterios generales de los anteriores acuerdos, adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, la adecuación del contenido de los convenios a la normativa vigente, mejorándola en su caso, la inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones, a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas, la introducción de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación neutros desde la perspectiva de género, la revisión de las diferencias retributivas que pudieran existir por inadecuada aplicación del principio de igualdad de retribución por trabajos de igual valor o la incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones, programación de la formación que permitan la conciliación de la vida laboral y familiar. Además, incluyendo algunas consideraciones nuevas, como las medidas de acción positiva en la conversión de contratos temporales en fijos cuando se trate de mujeres o la incidencia en las relaciones laborales de algunas disposiciones de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de protección integral contra la violencia de género.

[262] El Informe del CES "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003.

Los resultados no son halagüeños, puesto que se aprecia falta de interés por la adopción de medidas que mejoren la calidad de la compatibilización de la vida familiar y laboral de las mujeres, ya que: " *se presta una atención verdaderamente escasa a estas materias y, cuando se presta, resulta deficiente, bien porque el texto del convenio no se ha actualizado desde hace mucho tiempo y no se ha adecuado a las reformas normativas más recientes, bien porque el convenio se limita a reproducir los textos legales, en el mejor de los casos sin aportar mejoras y, en el peor, reproduciendo la ley de forma parcial, con lo que se generan situaciones de inseguridad jurídica y de pérdida de derechos"*[263].

Con relación a este aspecto se debe de señalar que a diferencia de lo que ocurre con otras cuestiones en las que hay mayor bagaje histórico en la regulación convencional de las mismas, en cambio sobre esta materia se plantea la falta de regulación convencional. De tal manera, que se limitan a reproducir los textos legales, e incluso, en algunos casos se puede denunciar que ni siquiera se mantienen los Convenios Colectivos actualizados, y son normas obsoletas que dan lugar a un desfase con respecto de las modificaciones legales. A este fin se hace necesario que, también, la reglamentación convencional se haga eco de la realidad social que refleja la nueva composición de la unidad familiar o de convivencia para poder conciliar trabajo y familia.

En suma, los interlocutores sociales a través de la negociación colectiva deben favorecer la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, garantizar la igualdad de trato en el empleo y promover aquellas iniciativas tendentes a evitar o eliminar las discriminaciones laborales, especialmente, en el ámbito de las discriminaciones indirectas. La regulación convencional está determinada bajo la protección jurídica comunitaria y del constitucionalismo español, que reclama un compromiso social que dé respuestas sindicales al desafío que es para la sociedad actual la no discriminación de género en materia social.

2.3.2. Evaluación de la negociación colectiva sobre la materia social

[263] ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO (Dir.), y OTROS AUTORES, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pág. 680.

En este apartado nos corresponde el análisis de la negociación colectiva en materia social con relación a la protección de los derechos sociales de las mujeres. El incremento de la importancia de la negociación colectiva no está en relación con la presencia de cláusulas no discriminatorias, apenas existentes en el diseño de una actuación que incorpore medidas de acción positiva para eliminar y compensar la situación de discriminación que sufren las mujeres.

No obstante, en algunos Convenios se hace mención especial a la responsabilidad de los agentes sociales de vigilar el cumplimiento de la igualdad de trato de las mujeres y los hombres en el marco de aplicación de la norma convencional[264].

Tal y como hemos mencionado, con relación al tratamiento que los Convenios colectivos les dispensa a esta materia distinguiremos dos direcciones, por un lado, las medidas destinas a favorecer el acceso al mercado de trabajo de las mujeres y las garantías previstas con el objetivo de mejorar el ejercicio de las condiciones laborales que definen la relación contractual del trabajo de las mujeres.

Por otro lado, aunque en el capítulo quinto se concretan estas medidas sobre la conciliación de la vida familiar y profesional y la protección social a las madres tras ejercer su capacidad de maternidad, ahora efectuaremos, por su incidencia en el marco laboral de las mujeres, las referencias al establecimiento de las condiciones convencionales con el objetivo de eliminar las discriminaciones posibles derivadas por la maternidad o el embarazo. Así como la adopción de medidas de conciliación de la vida profesional y laboral, medidas previstas para las trabajadoras a la par que para los trabajadores.

En primer lugar, en materia laboral, los temas abordados van dirigidos a eliminar la segregación horizontal y vertical, esto es, buscando la neutralidad en el acceso al empleo y en la estructuración de las categorías profesionales y retribuciones. De igual forma que la formulación de programas de formación

[264] Convenio Colectivo estatal de fotografía, empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, pastas, papel cartón, industria de perfumería y afines, consultoras de planificación, organización de empresa y contable, industria química, e industria textil. En ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO (Dir.), y OTROS AUTORES, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa, Op. cit.,* pág. 685.

con atención a la coyuntura femenina, a su promoción profesional y a las posibles suspensiones o extinciones de contratos por motivos familiares[265].

En referencia del acceso al empleo se establece la preocupación para que éste se efectúe desde la neutralidad sexual amparado en criterios y pruebas objetivas aplicables, tanto a mujeres como a hombres; es decir, control a los rasgos y perfiles exigidos en el acceso al empleo[266]. Al respecto de las condiciones de trabajo, incluida la materia salarial, se trata de implementar intervenciones para que las reglas de selección se acomoden a las reglas comunes para los trabajadores y trabajadoras sin distinción de sexo[267]. Si bien, se detecta que en muchos casos estas cláusulas no dejan de ser meras intenciones, porque carecen de proyección real, puesto que quedan reducidos a que se "procurará" que la condición de mujer no desemboque en disminución de efectividad de los derechos laborales de las mujeres.

Por su parte, la no discriminación de las mujeres ha sido objetivo de Comisiones de estudio y grupos de trabajo constituidos en el marco de la propia negociación colectiva. Estas Comisiones estudian las posibles discriminaciones de género que se plantean y su posible eliminación, así como el seguimiento de la aplicación de las medidas de acción positiva, y, por ende, la realización de propuestas de acuerdos concretos sobre esta cuestión[268].

---

[265] Para este apartado hemos seguido el análisis realizado por ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO (Dir.) Y OTROS AUTORES, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa, Op. cit.,* págs. 684- 700.

[266] Convenio Colectivo estatal de artes gráficas, Convenio Colectivo comercio de óptica de detalle de Madrid, comercio textil de Madrid.

[267] Convenio Colectivo estatal de conservas y semiconservas, comercio minoristas de droguería, de agentes y corredores de seguros, de consultores de planificación, industria química, locales de espectáculos de Cataluña, pastas, papel y cartón, de empresas organizadoras del juego del bingo, industria textil, así como, acuerdo laboral de hostelería de ámbito estatal, de artes gráficas, panadería de Barcelona, industrias siderometalúrgicas de Coruña y de Burgos, Convenio Colectivo de comercio de metal de Madrid, asimismo, hostelería de Tenerife, supermercados y autoservicios de Barcelona.

[268] Convenios Colectivos de industria de perfumería y afines, industria química, seguros, reaseguros y mutuas de accidentes de trabajo. Asimismo, Convenios Colectivos hospedaje de Madrid, comercio del metal de Madrid. Igualmente, Convenios Colectivos provinciales de limpieza de edificios y locales de Sevilla, industria siderometalúrgica de Burgos, comercio (excepto de alimentación) Valladolid, industria transformadora del plástico de Valencia. También, Convenios Colectivos empresariales como Arteixo Telecom, Televisión Valenciana. Se crean Comisiones de estudio para este objetivo especialmente con atención a la conciliación de la vida laboral y personal: en Convenio Colectivo de Hospedaje de Madrid, comercio del metal de Madrid, limpieza de edificios y locales de Sevilla, industria siderometalúrgica de Burgos.

A pesar de los lentos avances en la negociación colectiva en materia de discriminación de género, sin embargo, se puede apreciar siguiendo las aportaciones del Consejo Económico y Social que las empresas comienzan a tener en perspectiva la igualdad de sexos en el momento de la formación de los equipos de trabajo[269]. Dicho de otro modo, la igualdad de los hombres y las mujeres inspira la negociación colectiva de la elaboración de los mapas de puestos de trabajo y los sistemas de valoración de los mismos. Este tratamiento convencional se considera que puede contribuir a la mejora de esa objetividad y neutralidad en la relación laboral, que son los objetivos buscados y necesarios para dar debido cumplimiento a la igualdad de mujeres y hombres.

No obstante, a pesar de esa positiva afirmación del Consejo Económico y Social, la realidad sociolaboral permite apreciar que la valoración real del diseño de la estructura de los puestos de trabajo no se está realizando conforme a estos criterios "*neutros desde la perspectiva de género*", con la salvedad de algunos Convenios como es el caso del Convenio de químicas y perfumería y afines, que sí incorporan factores de encuadramiento más favorables que los tradicionales a la prevención de discriminaciones entre las mujeres y los hombres. Esto es, en este Convenio Colectivo se prevé que en sus respectivos ámbitos funcionales de aplicación se constituyan Comisiones de estudio con el objetivo de plantear medidas de mejora para conciliación de la vida personal y profesional de los trabajadores y trabajadoras, que desarrollen sus tareas profesionales en las empresas incluidas en el campo de aplicación de esta norma convencional.

El problema está en la utilización para definir el contenido de las relaciones laborales criterios peregrinos como la "*capacidad de interrelación*" o la "*destreza manual*", que posicionan a las mujeres en desventaja, ya que las mujeres se ven afectadas en la definición de sus condiciones laborales frente a los hombres que se ven beneficiados por la utilización de conceptos tales como los mencionados. En esta misma línea se puede mencionar el complemento de la antigüedad, que no beneficia en nada a las mujeres dada su incorporación más tardía al mercado de trabajo y su alta tasa de temporalidad. Además,

[269] El Informe del CES "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003.

este complemento es de menor cuantía en las categorías profesionales más bajas, por lo que se penaliza doblemente a las mujeres al ocupar de forma mayoritaria esas categorías profesionales[270].

En esta medida, la desigualdad en el trato que reciben las mujeres con respecto de los hombres ha sido considerada como una de las causas del desigual reparto del trabajo doméstico entre los hombres y las mujeres. Es decir, como hemos indicado en el apartado de este capítulo destinado al estudio de los datos estadísticos sobre el empleo y las mujeres, se puede apreciar que los cuidados del hogar y de la familia siguen siendo labores que recaen sobre todo en las mujeres.

Por tal razón, se verán afectadas las mujeres en la percepción de otros complementos salariales habituales en las empresas privadas, como el de "*disponibilidad horaria*", o los "*pluses por trabajo realizado en horario diferente al habitual, nocturnidad, turnicidad*" a los que las mujeres acceden con dificultades debido a su doble carga de trabajo. Igualmente, son refutables aquellas cláusulas convencionales que contemplan, generalmente, beneficios sociales destinados únicamente para el personal fijo, perjudicando en mayor medida a las mujeres por su precariedad laboral al ser titulares mayoritarias de contratos a tiempo parcial o contratadas temporales.

De esa misma forma, los complementos fijados en función de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar la actividad a veces suponen discriminación al establecer mayores cuantías para categorías, grupos profesionales masculinizados, o contemplándose para puestos de trabajo, principalmente, desempeñados por los hombres, como es el caso de los pluses de trabajo tóxico, penoso o peligroso.

---

[270] En este sentido, el mencionado Informe advierte que: "*La gran mayoría de los Convenios, tanto de ámbito sectorial como de empresa siguen contemplando el complemento de antigüedad, aunque se observe una paulatina tendencia a su supresión (cláusulas de supresión que son más frecuentes en el ámbito sectorial que de empresa), congelación o su sustitución por complementos personales. Sin embargo, unido a lo anterior, la regulación convencional suele vincular a la antigüedad y edad del sujeto beneficiario el derecho a la obtención de determinadas mejoras y beneficios sociales, como las ayudas o premios de jubilación o los incentivos a la jubilación anticipada*". El Informe del CES "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003.

Todavía en numerosas negociaciones colectivas son desconocidas las distintas guías y herramientas difundidas desde los organismos oficiales competentes en materia de igualdad de mujeres y hombres, así como publicadas por instituciones comunitarias. A tenor de las mismas se aprecia que la reclamación que efectúan al marco convencional es para que se luche contra el currículo velado, y las barreras invisibles a las que se enfrentan las mujeres en el mercado de trabajo.

En segundo lugar, el hilo conductor de la negociación colectiva se manifiesta en la exigencia del compromiso de los representantes legales de los trabajadores/as para la atención a la situación de las mujeres en la empresa en razón de la búsqueda de instrumentos para alcanzar, tanto la igualdad laboral como la creación, mejora, y fomento de medidas para conciliar la vida familiar y profesional de las trabajadoras y de los trabajadores. A tal fin, analizamos las cláusulas que determinan las condiciones de trabajo en relación con la compatibilidad de las relaciones laborales y familiares. Los Convenios Colectivos han venido afrontando las distintas cuestiones enmarcadas en el principio de igualdad de mujeres y hombres.

Así, se ha tratado de potenciar y convertir en algo habitual los permisos parentales solicitados por los padres, con ello se busca evitar que las mujeres sean las únicas responsables de la familia, y que esa situación interfiera y limite la carrera profesional femenina. De esa manera, se negocia superando a los mínimos legales, mejorando el contenido de las excedencias, el permiso de lactancia, permisos por enfermedad de los hijos/as, y familiares, e igualmente, la reducción de la jornada y con la previsión de la situación de embarazo en el caso de expedientes que tramiten la movilidad geográfica.

A este fin, entre estas medidas se plantea la necesidad de tener en cuenta la presencia de hijos/as menores de edad a la hora de distribuir vacaciones, especialmente, en los casos de separación o divorcio, cuando este período coincida con el tiempo asignado por la sentencia de divorcio o separación para disfrutar de la compañía de sus hijos/as[271]. En este mismo sentido, determinados Convenios conceden prioridad en la elección de turno a los trabajadores/as con hijos/as menores de edad o bien,

[271] Convenio Colectivo estatal vidrio, agentes y corredores de seguros, seguros, reaseguros o mutuas de accidentes de trabajo, empresas de entrega domiciliaria. Convenio Colectivo provinciales de madera y corcho de Tenerife, industrias de azulejos de Castellón, campo Almería. Asimismo, Convenio Colectivo de empresa Servicios Seguritas, Casino de Mallorca, Retevisión, Televisión de Cataluña, Televisión Valenciana.

prioridad de elección de turno durante el ejercicio del permiso por lactancia. Asimismo, se recogen cláusulas para la mejora de licencias por cuidado de un hijo/a[272].

Con este contexto, se puede señalar que no hay grandes diferencias entre las regulaciones convencionales en empresas con mayor presencia masculina de aquellas empresas con mayor registro de empleo femenino. En estas consideraciones debemos de especificar, que el tema peor regulado convencionalmente o inexistente es el derecho a la reducción de jornada por motivos de cuidados de familiares, o la mejora del ejercicio de la excedencia por tales motivos, como también es prácticamente inexistente el derecho a la utilización del permiso de maternidad a tiempo parcial más allá de la regulación legal.

Igualmente, el marco colectivo contempla posibles medidas de reagrupación familiar y el fomento de la opción de las mujeres y de los hombres de acceder a un puesto con jornada a tiempo parcial, y en este caso mantener la posibilidad de volver a la jornada completa, sin represalias. Al propio tiempo que se han negociado la concesión de ayudas a guarderías o bien, la creación de guarderías en las propias empresas.

El objetivo que está presente, no siempre de forma adecuada, es conseguir que a través de las normas convencionales se adopten medidas destinadas a que los trabajadores y trabajadoras tengan una convivencia pacífica de su vida personal y profesional.

---

[272] Convenios Colectivos empresariales que mejoran las licencias por cuidado de hijo como es el caso de empresas tales como Sky Chefs de Barcelona, Sky Chefs de Palma, la empresa Marbella Club Hotel, la empresa Hotel Magestic, la empresa de Eurest Catering, asimismo, el reconocimiento del derecho de que esta licencia sea disfrutada a continuación cuando coincide en festivo, como es el caso del Convenio de la empresa Casino de Juego Gran Madrid. El derecho a elegir el turno de las personas que tengan a su cuidado a hijos, así, se establece en el Convenio Colectivo de industrias químicas, de hostelería de Jaén en los que se reconoce que los trabajadores con menores de cinco años podrán disfrutar de un descanso durante el sábado y domingo, además, de poder adaptar el turno de trabajo al horario de guardería, aunque, sólo se compromete la empresa a procurar. La posibilidad de elegir turno de trabajo, también, se recoge en el Convenio Colectivo de tiendas de conveniencia, y el Convenio Colectivo de hostelería de Alicante de tal modo, que cuando tengan a su cargo a hijos menores de cuatro años pueden disfrutar del descaso semanal el sábado y domingo. Al propio tiempo, el Convenio Colectivo de industria siderometalúrgica de Toledo y Convenio Colectivo de Opel contemplan que las empresas proporcionen a las mujeres gestantes ropa de trabajo adecuada a su estado.

Si bien, de forma general se puede afirmar que la negociación colectiva está siendo lenta en trasladar la mejora de los derechos sociales por ley, dando lugar a ausencia de contenidos convencionales sobre estas medidas de conciliación, o bien, las novedades se limitan a transponer los contenidos legales sin mejora alguna.

La idea más importante que debe resaltarse es que los Convenios Colectivos tratan de contemplar instrumentos de conciliación sin distinción de sexo, es decir, las medidas establecidas en la norma convencional para cuidar de los familiares están previstas para que sean ejercidas, tanto por las mujeres como por los hombres. De esta manera, se busca la implicación de los agentes sociales y económicos para la aprobación de medidas de conciliación, pero no sólo para las madres, sino también destinadas a que sean ejercidas por los padres con el fin de romper con la tradicional asignación del cuidado de la familia a las mujeres.

Por consiguiente, se convierte en objetivo esencial de la negociación colectiva la adopción de medidas que incentiven la cooperación entre ambos cónyuges para el desempeño de tales tareas de forma equilibrada, y marginando todo tipo de determinismo biológico existente sobre esta cuestión que discrimina a las mujeres en el mundo laboral.

Los instrumentos de la negociación colectiva son considerados como la adecuada vía para facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores/as, esto es, los Convenios Colectivos pueden ser el camino que permita subsanar las lagunas legales existentes en esta materia. Por ello, sirva de ejemplo a estos efectos que son los Convenios Colectivos, el marco normativo que cada vez más habitualmente aborda la ampliación de la duración de los permisos parentales, así como la concesión de los mismos sin hacerlos depender de la madre y de su condición de trabajadora.

De esta misma manera, la normativa convencional viene haciendo referencia a las posibilidades del ejercicio de algunos derechos sociales que implican disponibilidad de tiempo durante la jornada laboral, siempre que concurran determinadas situaciones familiares concretas, como el cuidado de

familiares enfermos o pertenecientes a la tercera edad[273]. Al mismo tiempo que son los Convenios Colectivos el marco en el que se están adoptando medidas destinadas a la mejora de la excedencia por cuidado de familiares al ampliar su duración, o bien, las previsiones convencionales de mejora de la regulación legal del ejercicio del derecho al permiso por lactancia, por guarda legal o por cuidado de familiares.

No obstante, estas mejoras de los contenidos de las normas legales se implementan sin reducir la responsabilidad del legislador de establecer contenido legal a los derechos constitucionales.

Dentro de este orden de implicación de las empresas en la conciliación de la vida familiar y profesional, solamente para las mujeres, MÉNDEZ Y MATEOS, recogen ejemplos tales como la previsión de la empresa Iberdrola al establecer la posibilidad de trabajadores y trabajadoras de ejercer el derecho durante un año de reducción de jornada a la vez que perdura su derecho a la percepción salarial en su totalidad[274]. Además, de la posibilidad ya existente en Iberdrola de acceder a la excedencia durante dos años con reserva del puesto de trabajo. Hemos de señalar, que aunque es de resaltar estas mejoras sociales previstas en el marco convencional, no dejan de ser insuficientes por cuanto siguen estando únicamente previstas para las mujeres. De esta manera, se perpetúan las tradicionales obligaciones de las mujeres como únicas responsables del cuidado de los hijos e hijas.

En este mismo sentido, deben señalarse las iniciativas a favor de la conciliación en el marco empresarial previstas por Vodafone al contemplar el aumento del período del permiso de maternidad, lactancia, parental. Asimismo, son medidas reseñables las concretadas para la reducción de la jornada

---

[273] Sin pretender ser exhaustivas podemos resaltar diversos Convenios Colectivos de distintos Estados comunitarios: Grecia, el Convenio Colectivo de Radiotelevisión griega y Telecomunicaciones, concede 4 días de asueto al año para resolver los problemas escolares de los niños. En cuanto a Luxemburgo permite a las funcionarias un permiso sin sueldo de media jornada hasta que el niño cumpla 15 años. De la misma forma que en los Países Bajos, según el Convenio Colectivo de Correos, los padres pueden tomar seis meses sin sueldo o trabajar a jornada parcial sin limitación de plazo. Asimismo en Alemania, es posible compartir puesto de trabajo, trabajar a tiempo parcial o en el turno de la tarde o bien a domicilio (Hewlett-Packard Gmbh), MARRADES PUIG, ANA I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento,* Valencia, Universitat de Valencia, 2002, págs. 126 y 127.

[274] MÉNDEZ A. Y MATEOS M., "Iberdrola apuesta por la maternidad", *Expansión & Empleo,* 4 y 5 de octubre de 2003, Madrid, pág.12.

por el cuidado de un hijo/a de la empresa Telefónica y de Mapfre. En el caso de Caja Madrid se permite sustituir el permiso de lactancia o reducción de jornada por un descanso de diez días naturales tras la convalecencia. El Ministerio de Hacienda pone en funcionamiento un servicio de guardería en el propio edificio para los hijos/as de los trabajadores/as del Ministerio. La empresa IBM apuesta por el teletrabajo, también permite a sus trabajadores/as acogerse a una jornada reducida de entre 20 y 30 años semanales, o someterse a una semana de trabajo comprimido, realizando en cuatro días las tareas de una semana.

Con estos ejemplos se muestra que las empresas pueden hacer políticas para favorecer la conciliación de la vida familiar y profesional, medidas que mejorarían la posición de las mujeres en el mercado. De ahí, la importancia de situar en el marco de la cultura empresarial la sensibilización de un problema que afecta a todos.

Pero son medidas destinadas a la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres, no son concebidas como medidas destinadas al equilibrio. Es decir, que estas medidas no contemplan que sean los hombres quienes hagan uso de las mismas para poder ellos mismos ejercer sus funciones como profesional, a la par que disfrutar de su familia.

El Consejo Económico y Social considera que no existe uniformidad en el tratamiento de esta materia por parte de los Convenios Colectivos, al ser frecuentemente tratada de forma singular y limitada a aspectos concretos. De esta forma, este órgano socioeconómico señala que no es posible un enfoque integral del principio de igualdad de sexos en el marco convencional. Además, afirma que: "*esta situación contrasta con las previsiones de la normativa comunitaria más reciente (Directiva 2002/73), que predica el principio de transversalidad y exige a los Estados miembros activar el principio de igualdad y no discriminación en la negociación colectiva*"[275].

[275] El Informe del CES "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003.

Asimismo, el Consejo Económico y Social estimó que la Ley de Conciliación de la Vida Laboral y Familiar ha tenido influencia en los Convenios colectivos negociados en el ámbito estatal, especialmente, en referencia a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad y la excedencia por cuidado de hijos/as, y, de la misma forma la reducción de la jornada por guarda legal de menores de seis años y el reconocimiento de permisos retribuidos. En cambio, la influencia de esta norma en los Convenios Colectivos a nivel interprovincial, provincial y de empresa se puede apreciar que es más reducida.

En el marco de la negociación colectiva, la materia de la conciliación de la vida familiar y profesional ha sido abordada con una ordenación social que podría esquematizarse: en primer lugar, en la mejora convencional de forma generalizada sobre la reducción de la jornada por lactancia pactando por la sustitución de las dos fracciones de media hora por el derecho a una reducción de jornada de una hora, en vez de media hora como contempla la ley.

En segundo lugar, en el caso de la reducción de jornada por guarda legal, la mejora más habitual es aumentar la edad del hijo/a que da derecho a la reducción de jornada. Al propio tiempo se reconocen otras mejoras que modifican el umbral mínimo legal de reducción en al menos 1/3 de la jornada, situándolo por ejemplo en 1/4 y favoreciendo así reducciones de jornada que impliquen una pérdida salarial de menor importancia.

En tercer lugar, de forma habitual, se reconocen permisos para el cuidado de familiares con la previsión de días u horas adicionales de permiso retribuido en casos de nacimiento de hijo, enfermedad, hospitalización, consulta médica o necesidad de desplazamiento de un familiar. En una adaptación a la nueva realidad se concede el permiso para realización de trámites de adopción. Además, se comienza a contemplar en los Convenios Colectivos la equiparación de las uniones de hecho y de derecho a efectos jurídicos. También, viene siendo cada vez más frecuente en la negociación colectiva la previsión de permisos de corta duración, retribuidos o no, generalmente bajo la denominación de “días de asuntos propios” en el primer caso, o de “licencias sin sueldo” en el segundo. Estos permisos, aunque no estén específicamente concebidos para el cumplimiento de obligaciones vinculadas con la

maternidad/paternidad o las responsabilidades familiares, evidentemente resultan útiles también para ese fin[276].

Por último, cabe señalar que en la actualidad hay un compromiso institucional en esta materia en los procesos de negociación desarrollados en el ámbito del sector público, y en las mesas de negociación autonómicas en las que se regulan las condiciones de trabajo de los empleados y empleadas del sector público. De esta manera, en este ámbito es posible encontrar mayor número de medidas de acción positiva dentro de la función pública, que tienen el objeto de incentivar el ejercicio por parte de los hombres de los derechos laborales vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar.

El Consejo Económico y Social señala que, "En algunas CCAA, como País Vasco y Asturias, se premia con tiempo adicional retribuido de permiso a los empleados públicos de sexo masculino que se acojan al permiso vinculado a la suspensión del contrato por nacimiento, adopción o acogimiento. En otras, como Cataluña, se acordó la flexibilización del horario de entrada y salida para personal con hijos menores a cargo, o el derecho a reducción de jornada para cuidado de hijos manteniendo unas retribuciones por encima de las que corresponderían proporcionalmente a la reducción. En el ámbito de la

[276] Estas cuestiones se concretan en este Informe otros aspectos esenciales en orden a la garantía y protección del empleo femenino: "*Con frecuencia, los Convenios establecen pactos de "jornadas irregulares" que implican para las empresas una mayor flexibilidad para adaptarse a las necesidades de la producción y que pueden entrar en colisión con las responsabilidades familiares de trabajadores/as. Algunos Convenios prevén condiciones para la aplicación de este tipo de jornadas, como el preaviso, que pueden facilitar la organización familiar de los trabajadores en estos casos. En varios Convenios sectoriales de ámbito estatal se contemplan cláusulas que eximen de la prolongación de jornada consecuencia de esa distribución irregular a los trabajadores/as en determinadas circunstancias relacionadas con las obligaciones familiares (p.ej: a los trabajadores que tengan limitada su presencia por razones de seguridad, salud, cuidado de menores, embarazo o lactancia, o a quienes tengan obligaciones familiares habituales de carácter personal e ineludible). En cuanto a la distribución de la jornada, también cabe apreciar un abanico cada vez más amplio de posibilidades. Sigue siendo habitual que los Convenios, especialmente en el nivel de empresa, estipulen la jornada continuada, al menos durante una parte del año que suele coincidir con la época estival. Esta es una de las fórmulas más tradicionales y extendidas en la negociación colectiva que también aparece bajo la denominación de jornada intensiva, que suele suponer una reducción de jornada, recuperable o no durante el resto del año. Este tipo de previsiones puede facilitar en cierta medida la atención a las responsabilidades familiares de los trabajadores, al menos durante las vacaciones escolares. Respecto a otro tipo de instrumentos de apoyo desde la negociación colectiva a los trabajadores/as con responsabilidades familiares, no contemplados en el contexto de la Ley 39/99, cabe señalar que es bastante frecuente la previsión dentro del fondo social de ayudas económicas para sufragar gastos de guardería, transporte escolar y gastos sanitarios de familiares"* El Informe del CES "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003.

Administración General del Estado, el último Acuerdo Administración-Sindicatos para el periodo 2003-2004 para la modernización y mejora de la Administración Pública, también, contempla diversas referencias al ejercicio de derechos vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar, así como, una diversificación de los tipos de jornada"[277].

En otras Comunidades se han aprobado normas que amplían a todos los trabajadores/as una serie de mejoras sociales dirigidas, tanto a las mujeres como a los hombres con el fin de conciliar la vida familiar y profesional de las mujeres a través de la mayor responsabilidad de los hombres en el marco familiar. Así, en Castilla y León, los incentivos en forma de permiso adicional retribuido se aplican a todos los trabajadores varones. Al propio tiempo en Castilla La Mancha se subvenciona con 900 €/mes a los hombres que se acojan a, como mínimo, un mes de excedencia para cuidado de hijos/as si previamente han disfrutado de tres semanas de baja por maternidad.

En definitiva, a través de la negociación colectiva se trata de romper las murallas con las que se encuentran las mujeres en el mercado de trabajo. El devenir histórico de la negociación colectiva, aunque de forma lenta, busca bajo la influencia del ordenamiento jurídico comunitario y español establecer cláusulas que permitan a las mujeres acceder al mercado de trabajo en igualdad de condiciones que los hombres, y sin tener que renunciar a sus profesiones o familias, puesto que se ha considerado objetivo prioritario del constitucionalismo europeo, amén del español, la adopción de medidas que permitan a las mujeres conciliar vida personal y profesional incrementándose la participación de los varones en el cuidado de la familia.

2.4. PROTECCIÓN LEGAL EN MATERIA DE VIOLENCIA DE GÉNERO DESDE LA PERSPECTIVA SOCIAL

2.4.1. Defensa legal de las mujeres víctimas del maltrato

[277] El Informe del CES "*Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*", de 22 de octubre de 2003. En este orden, la Ley 6/2002 de la Generalitat de Cataluña, que estableció el derecho de funcionarios/as y empleados/as públicos a percibir el 100% de la retribución en el supuesto de reducción de 1/3 de la jornada para atender a un menor hasta que tenga un año.

Los datos demandaban medidas por parte de los poderes públicos españoles, esto es, 72 mujeres murieron asesinadas a manos de sus maridos, parejas o compañeros durante el 2004, además de las miles de mujeres que en España deben soportar malos tratos no siempre denunciados (se estima que en un 10%). Pues bien, para tratar de dar protección integral a estas mujeres se deben construir muros que frenen la violencia de género y sensibilice a la sociedad española sobre este terrorismo contra las mujeres.

La reciente Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género implementa la protección a las trabajadoras y funcionarias que son víctimas de la violencia de género al reconocer una serie de derechos que tratan de facilitar su situación laboral en estos casos[278]. El objetivo es otorgar una protección a las mujeres frente a esta violación de sus derechos de integridad física y moral, igualdad, libertad, y frente a un ataque a su dignidad[279].

La violencia de género es definida como "*las 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 seno de las relaciones de pareja, agresión sexual en la vida social y acoso en el medio laboral".*

Esta protección fue ya reclamada por la ONU en la IV Conferencia de 1995, que señaló que la violencia de género es "*un obstáculo para alcanzar la igualdad, desarrollo y paz y viola y menoscaba el disfrute de los derechos humanos y las libertades fundamentales*". Al propio tiempo, se reconoce que es una manifestación de "*las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres"*[280].

---

[278] Como ha afirmado PRÁDANOS con esta norma se abre una nueva etapa aunque, con *"Su aprobación no es el final sino el principio de una camino que se adivina muy largo",* PRÁDANOS, ARANTXA, *Diario de León*, 23 de diciembre 2004.
[279] NOGUEIRA, CHARO, "Una ley de las mujeres para las mujeres: una larga batalla de las organizaciones de mujeres", *El País*- Sociedad, 23 de diciembre de 2004.
[280] BOE 29/12/2004.

De este modo, esta protección normativa es la manifestación del papel protector, que le corresponde al Estado social formulando una serie de medidas que son la ordenación jurídica formulada en aras de proteger sus derechos como personas. El constitucionalismo español tiene la obligación de adoptar medidas de protección plena para que las mujeres puedan ejercer plenamente sus derechos de forma real y efectiva[281].

Esta norma se enfoca con el objeto de establecer medidas de carácter transversal que se extiende a los distintos órdenes de la sociedad[282]. Vale decir, que con estas medidas se trata de socializar un problema que debe abandonar la esfera privada convirtiéndose en un objetivo prioritario, pues la protección de los derechos fundamentales reconocidos en esta norma a las mujeres víctimas de violencia de género exige la participación de organismos políticos, económicos, sociales y políticos.

---

[281] En este sentido, la Unión Europea ha señalado que es objetivo de la Comunidad, por ello, es concretado en la Decisión núm. 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprueba un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II). De esa manera, se ha fijado la posición y estrategia de los representantes de la ciudadanía de la Unión al respecto.

[282] DURAN, MARÍA, "Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una ley para todas las mujeres", *Revista Meridian,* I Trimestre de 2005. Sin embargo, dentro de un debate generalizado en distintos órdenes de la vida política y social sobre esta materia, debemos de señalar que a pesar de los recientes avances que desde una perspectiva normativa se han producido no faltan usos inadecuados del término "violencia de género" y "violencia doméstica". Es decir, ciertamente con esta norma se da por primera vez un tratamiento a las mujeres como ciudadanas de una sociedad que hasta el momento no había creado los cauces jurídicos para dar protección las mujeres que por tal causa ven sus derechos como personas violados ante la pasividad de los Estados sociales. Sin embargo, por ser reciente el estudio debemos señalar que si anteriormente consideramos positiva en determinados aspectos a la Ley de Igualdad entre las mujeres y los hombres del País Vasco, en este punto nos obligamos hacer una indicación al Título III, capítulo 7 y sección 2, puesto que se hace alusión nuevamente al término violencia doméstica, por cuanto sería conveniente su modificación inmediata. Consideramos que el uso del nuevo término "violencia de género" es esencial al diferenciarse del tradicional uso de violencia doméstica, ya que, como afirma DURÁN, "*Mientras la protección jurídica de las víctimas de violencia de doméstica descansa en el hecho de ser los miembros más débiles o vulnerables de la familia, continuando la tradicional equiparación con los y las menores(en el universo simbólico significa: menor capacidad que el marido-padre) el término violencia de género trata a la mujer como ciudadana equiparada al ciudadano y enfatiza el déficit democrático que supone que el Estado no pueda garantizar a las mujeres el pleno ejercicio de los derechos a la vida, integridad, igualdad, libertad y seguridad",* DURAN, MARÍA, "Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una ley para todas las mujeres", *Revista Meridian,* I Trimestre de 2005.

La importancia de esta norma radica en el tratamiento que se implementa de los derechos sociales y económicos de las mujeres maltratadas, puesto que hasta la actualidad, los únicos derechos sociales y económicos previstos y protegidos para las mujeres estaban ligados a su capacidad reproductiva.

Dicho con otras palabras, con esta norma se trata de proteger a derechos específicos de carácter socioeconómico de las mujeres maltratadas, que por primera vez verán garantizados este tipo de derechos sin depender del hecho biológico de su capacidad de ser madres, pues suponen el reconocimiento legal de protección frente a una situación social como es la violencia hacia las mujeres, que hasta el momento había sido ignoraba por el ordenamiento jurídico español.

En conclusión, el interés de esta norma es que por primera vez se trata de dar protección a las mujeres víctimas de la violencia de género, y en consecuencia se está tomando conciencia sobre un problema que debe tener un rechazo social, al mismo tiempo que despertar alarma en la sociedad para reclamar a los poderes públicos medidas positivas destinadas a proteger a estas mujeres desde la coordinación entre Administraciones públicas y la implicación de los agentes socioeconómicos. Además, este compromiso de los poderes públicos es también abordado por los Gobiernos autonómicos como hemos indicado.

2.4.2. Medidas sociales para proteger a las mujeres víctimas del maltrato

Al respecto de la protección en la esfera social, la pretensión de esta norma es que las mujeres tengan garantizados sus derechos laborales derivados de un empleo que se ve afectado por la violencia de su marido, pareja o compañero que con su terrorismo de género directo sobre su persona física, también ha deshecho su vida profesional, máxime cuando las consecuencias de esta violencia se dilatan en el tiempo.

En esta medida, la necesidad de dar protección en este marco social a las mujeres víctimas de violencia de género, porque como hemos considerado durante todo este estudio, el trabajo retribuido es uno de los respaldos para ayudar a las mujeres a salir de la posición de subordinación ejercida por el hombre sobre ellas, especialmente, en estos casos, ya que, además, les permitirá independencia

económica, al mismo tiempo que desarrollo personal y social. Las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho en los términos del Estatuto de los Trabajadores a la reducción o a la reordenación de su tiempo de trabajo con reducción proporcional del salario en función del tiempo trabajado. Asimismo, se posibilita las mujeres soliciten movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo.

Por otro lado, también cabe la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo manteniendo a su vuelta las mismas condiciones de trabajo, así, el plazo será de seis meses como máximo. Si bien, se establece que en el supuesto de que a través de las actuaciones judiciales se considere que la efectividad del derecho de protección de la víctima requiere la continuidad de la suspensión, en este supuesto, el juez podrá prorrogar la suspensión por períodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses.

En todo caso, será calificado como nulo el despido realizado contra las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de sus derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores.

Asimismo es novedoso que ambos períodos se entiendan como cotizados a los efectos de las prestaciones de seguridad social, y al respecto del reconocimiento de eventuales prestaciones por desempleo; para ello se tomará como base de cotización la media de las seis últimas bases de cotización previas a las situaciones citadas. El derecho a desempleo reconocido durante este período a efectos de un derecho a desempleo futuro no se considerará como derecho anterior, tanto del nivel contributivo como asistencial. Además, no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectué la entidad gestora o, en su caso, la empresa, excepto cuando la prestación se perciba en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el supuesto de mujeres víctimas de violencia de género.

En el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social, la disposición adicional única señala que las suspensiones del contrato con reserva del

puesto de trabajo respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género serán estos períodos entendidos como períodos de cotización efectivos, además de considerarse asimilados al alta. Esta medida será de aplicación para el cómputo del cumplimiento de los períodos de cotización exigidos para acceder a las prestaciones a las cuales pudieran tener derecho las mujeres, así como para la determinación de la base reguladora y, en su caso, del porcentaje aplicable para el cálculo de aquéllas. Al mismo tiempo que durante este período serán beneficiarias del derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la seguridad social[283].

Igualmente, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre otorga la posibilidad de poder solicitar la extinción del contrato de trabajo y mantener tanto en el caso de suspensión o extinción del contrato de trabajo el derecho a que se les reconozca como situación legal de desempleo.

Por otra parte, en un intento de hacer partícipes a los distintos órdenes sociales y económicos las empresas que formalicen contratos de interinidad para sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido su contrato de trabajo, o hubiesen ejercitado su derecho a la movilidad geográfica, o bien, al cambio de centro de trabajo tendrán derecho a una bonificación del 100% de las cuotas empresariales a la seguridad social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida o durante seis meses en los supuestos de movilidad geográfica o cambio de centro de trabajo. Esta bonificación es un intento de evitar que esta acción positiva se vuelva en un obstáculo a la contratación femenina como sucedió con anteriores medidas de protección de esta calificación.

En el programa de fomento al empleo recogido en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2005, en la disposición cuadragésima séptima específica que la contratación realiza a las mujeres, que tengan acreditada por la Administración competente la condición de víctima de violencia de género, supondrá el beneficio para los empleadores/as de la aplicación de una bonificación del 65% de la cuota empresarial a contingencias comunes durante veinticuatro meses[284].

[283] BOE 22/11/2005.
[284] BOE 30/12/2005.

En este marco laboral se establece un Programa específico de empleo para las víctimas de violencia de género inscritas como demandantes de empleo, particularmente se favorecen medidas para iniciar actividades por cuenta propia.

En este sentido, una de las medidas necesarias por ser consustancial a la propia protección de la vida física y psicológica de las víctimas es que las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerarán justificadas. Si bien, se reclama para tal justificación la intervención los servicios sociales o servicios de salud, según proceda, además, se señala que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa con la mayor brevedad[285].

Con respecto a las trabajadoras por cuenta propia víctimas de violencia de género que cesen en su actividad para hacer efectiva su protección, o su derecho a la asistencia social integral se les suspenderá la obligación de cotización durante un período de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de seguridad social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta. De este mismo modo se otorga igual protección jurídica a las funcionarias públicas que son objeto de violencia de género, aunque se determina la posibilidad de solicitar excedencia en los términos que se determine en su legislación específica.

Estas medidas integrales contra la violencia de género, también incluye el derecho de las víctimas de violencia de género a recibir una ayuda de pago único, equivalente al de seis meses de subsidio por desempleo, siempre que careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias[286]. No obstante, esta

[285] Artículo 23. Acreditación de las situaciones de violencia de género ejercida sobre las trabajadoras. "*Las situaciones de violencia que dan lugar al reconocimiento de los derechos regulados en este capítulo se acreditarán con la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección*".

[286] Real Decreto 1452/2005, de 2 diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida por el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia género - BOE 17/12/2005-.

ayuda estará condicionada a la presunción de que determinadas condiciones vitales hagan empeorar su situación social, tal es el caso de la edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional.

Asimismo, cuando la víctima de la violencia ejercida contra las mujeres tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, el importe sería equivalente a 12 meses de subsidio por desempleo. En el caso de que la víctima tenga responsabilidades familiares, su importe podrá alcanzar el de un período equivalente al de 18 meses de subsidio o de 24 meses, si la víctima o alguno de los familiares que conviven con ella tiene reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, en los términos que establezcan las disposiciones de desarrollo de la presente Ley.

En este momento del estudio a pesar de ser una medida dentro del marco de la seguridad social que vemos en el capítulo quinto, consideramos que por la brevedad de su explicación pertenece su alusión al tratamiento de las medidas sociales previstas para proteger a las víctimas de violencia de género. De esta forma, una medida, que no por coherente y lógica deja de ser reseñable, es la denegación del cobro de las pensiones de viudedad a los homicidas de sus mujeres condenados en sentencia firma, tampoco se les abonarán las pensiones de orfandad que perciban sus hijos/as.

Por otra parte, el citado Acuerdo del Consejo de Ministros, de 7 de marzo de 2005 incorpora medidas para el reforzamiento de la lucha contra la violencia de género, de tal modo que prevé modificar el reglamento de situaciones administrativas para introducir una modalidad de excedencia con reserva de la plaza por violencia de género. Asimismo, se anuncia la adopción de medidas para hacer efectivo el derecho preferente en la provisión de puestos de trabajo de las empleadas públicas, que hayan sido víctimas de violencia de género.

En resumen, el objetivo de estas medidas se refleja en el artículo 1 de la indicada Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, al considerar que a través de las distintas medidas propuestas en esta norma, así como en otras disposiciones se otorga protección en diferentes

esferas a las ciudadanas que son objeto de maltrato por sus parejas, maridos o compañeros y con esta protección se está implementando una garantía para prevenir, sancionar y erradicar la violencia de género a la par que se determinan medidas de asistencia a las víctimas de esta violencia.

III. MARCO SUPRANACIONAL DE GARANTÍAS JURÍDICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES

"Jean Monet y Robert Schumann, fundadores de la Comunidad Económica de Europa, vinieron a decir en cierta ocasión que se alegraban de haber iniciado el proceso de la construcción de Europa, sólo que hubieran debido poner una C de cultura en lugar de la C de comercio"[287].

3.1. MARCO INTERNACIONAL DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES

3.1.1. Actuación de las naciones unidas

La internacionalización de los derechos sociales será abordada, substancialmente, por dos organismos, que tendrán un papel esencial en el objetivo del reconocimiento de los derechos sociales de las mujeres, esto es, la ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS y la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Ambas organizaciones desarrollarán una labor encomiable, aunque no siempre con demasiado éxito debido al propio carácter político con el que son constituidas, así como el vaciamiento del poder sancionador de entre sus competencias.

En esta medida, sus acuerdos quedan a expensas de la voluntad de los Estados integrantes, puesto que a diferencia de lo acontecido con relación a instancias internacionales que sí han recibido un marco competencial por parte de los Estados, en ambas organizaciones supranacionales no ha habido tal

[287] MAYOR ZARAGOZA, FEDERICO, *Globalización (?) y sociedad.* En ROJO, LUIS ÁNGEL Y DONOSO, VICENTE Y CEBRIÁN, JUAN LUIS Y MAYOR ZARAGOZA, FEDERICO, *Globalización y sociedad,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 2003, pág. 84.

transferencia efectiva de competencias por los países miembros, por lo que realmente en este ámbito supranacional se carece de capacidad para la toma de decisiones, y en su caso de competencias para sancionar el incumplimiento de lo ratificado en el ámbito estatal.

En el seno de NACIONES UNIDAS se implementará una actuación fundamental para el reconocimiento del derecho a la protección social de las mujeres en términos de igualdad de mujeres y hombres, pues esta protección irá precedida por el reconocimiento de las mujeres como parte de la ciudadanía social, titularidad que hasta el momento era restringida únicamente a los hombres. Asimismo, la voluntad de esta organización de luchar contra la explotación social y económica de las mujeres a través del otorgamiento de protección jurídica a las mujeres en materia laboral, tanto en cuestiones salariales como en la fijación de condiciones sociales dignas.

Sin embargo, su inicial preocupación fue en relación con el reconocimiento y protección de los derechos civiles y políticos. Así, la Declaración de Derechos Humanos de 1948, adoptada por NACIONES UNIDAS en la Asamblea General, por la Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948 se convierte en el parámetro de la garantía de los derechos individuales. No obstante, en referencia a las mujeres, este texto, por primera vez, recoge con valor normativo el reconocimiento de la igualdad de mujeres y hombres que supondrá, al menos desde la perspectiva formal, un importante avance[288].

Este discurso sobre el amparo supranacional de la igualdad de sexos sería de forma clara confirmado por sendos Pactos Internacionales. Ambos plantean este asunto como un problema real y de

[288] El artículo 2 reconoce que:"*Todas personas tiene los derechos y libertades proclamados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole".* Mientras que el artículo 7 considera que: " *Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción derecho a igual protección de la ley, todos tienen derecho a igual protección, contra toda discriminación que infrinja esta declaración y contra toda provocación a tal discriminación".* El artículo 22 declara que: "*Toda persona tiene como miembro de la sociedad el derecho a la seguridad social y a obtener, mediante esfuerzo nacional y cooperación internacional habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*". En el artículo 23 se proclama que: "*Toda persona tiene derecho sin discriminación alguna, igual salario por trabajo igual".* El artículo 25.1 plantea el reconocimiento de que: "*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado, que le asegure, así como, a su familia, la salud, y el bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la asistencia medica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad".*

obligada responsabilidad para los Estados. De este modo debe de destacarse, por un lado, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 -con entrada en vigor el 23 de marzo de 1966-; y por otro lado, el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 -vigente desde el 3 de enero de 1966 -. Uno y otro son ratificados por España el 27 de abril de 1977.

En este último caso, el Pacto Social se define como el eje del inicio de una nueva era en la defensa de los derechos de los trabajadores/as. De esta manera, desde esta organización se trata de obtener una intervención estatal favorable a la igualdad de sexos, planteada con el objetivo de que se mejoren las condiciones sociales femeninas para lograr el bienestar general del colectivo de las mujeres[289]. Este Pacto consiguió remover los cimientos de una sociedad anclada en parámetros jurídicos y sociales definidos según el barómetro marcado por los intereses de los hombres.

En suma, desde este organismo se promueven acciones para lograr una intervención estatal a fin de la eliminación de todo tipo de conculcación de los derechos sociales de las mujeres, puesto que la realidad muestra que las mujeres son las principales víctimas del quebranto de los derechos sociales[290].

Con los auspicios de NACIONES UNIDAS, los Estados partes se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres la prosperidad social y económica. Especialmente, se mantiene una constante atención a la igualdad retributiva entre los sexos. De tal forma que la garantía de la igualdad de

[289] Este texto es abierto a las firmas el 16 de diciembre de 1966, tras la Resolución (XXI), de la cual España es ratificante. Aboga como premisa mayor la dignidad inherente de toda persona y el reconocimiento de la igualdad e inalienabilidad de los derechos. En este orden, el artículo 3 recoge que: "*Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales, enunciados en el presente Pacto*", considerando que todas las medidas están destinadas a un objetivo único que es de "*bienestar general en una sociedad democrática*", admitiendo que sin condiciones económicas y sociales adecuadas hablar de disfrute de otros derechos es una entelequia.

[290] La obligación de respetar los derechos civiles y políticos se impone para todos los Estados, creando el 16 de diciembre del 1966, (con entrada en vigor el 23 de marzo de 1976), el Comité de Derechos Humanos, que examina las quejas y los informes sobre violaciones de los derechos reconocidos por el Convenio, si bien, el propio Convenio distingue entre la discriminación y la diferenciación, advirtiendo que no toda diferenciación del trato constituirá una discriminación, si los criterios para dicha diferenciación son razonables u objetivos y si el fin es conseguir un propósito que es legítimo según la Convención. El Convenio de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado y firmado el 16 de diciembre de 1966, con entrada en vigor el 3 de enero de 1976, se mantiene en esta tesitura de legitimar acciones positivas para lograr la igualdad con respecto de los derechos presentes en el Convenio, aunque en este caso los derechos son implantados progresivamente con supervisiones periódicas a través del Comité de Derechos Económicos, Sociales, Culturales.

retribución tiene incidencia en el sistema de seguridad social por su implementación en los requisitos, así como en la cuantificación de las prestaciones. De ahí, la necesidad de adoptar medidas jurídicas para asegurar el acceso y las condiciones en el mercado de trabajo sin ninguna distinción por razón de sexo.

En este orden se muestra especial interés en la protección de la maternidad, mostrándose como un intento de proteger a las madres y al recién nacido. Así, se establecerá la estructura de la cobertura social para dispensarse antes y después del parto. Asimismo, se buscará la garantía de la persistencia del contrato de trabajo con fin de que no se vea afectado por la maternidad. Estas medidas estarán en consonancia al objetivo de que las mujeres accedan a la protección dentro del sistema de seguridad social como titulares de derechos propios. Es decir, derecho a la percepción de prestaciones económicas y garantías jurídicas reconocidas con titularidad propia a todas las trabajadoras.

No obstante, la protección social a la maternidad es un tema que refleja el devenir histórico de la relación de las mujeres y el sistema de seguridad social, evolución social en cuanto a que se internacionaliza la pretensión de proteger con prestaciones económicas el momento del parto y el período posterior al parto. Sin embargo, es muy significativo que la preocupación por la protección de las mujeres en el trabajo está ligada a la función social que les asigna la historia, y derivada de la diferencia biológica que faculta a las mujeres para ser madres.

Es decir, se asiste a una paradoja que se producirá en el marco supranacional y se reproducirá, tal y como mencionamos, en el ámbito legislativo de los Estados miembros. El hecho de poder ser madres, que impide a las mujeres disfrutar en plenitud de sus derechos sociales en igualdad de condiciones en relación con sus compañeros de trabajo, es el origen de la particular protección jurídica que se dispensa a las mujeres. Así, a pesar de las connotaciones discriminatorias históricas de la capacidad de ser madres, por primera vez debido a su capacidad para gestar les ha supuesto que fueran sujetos de protección supranacional.

La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Social -Copenhague 1959- y la Declaración por la onu de 1975 como el año internacional de la mujer mostraron en su contenido una clara voluntad de búsqueda de la participación, igualdad de sexos y el logro de una democracia real con la promoción de los derechos

de las mujeres y la lucha contra el tráfico humano. En estos mismos términos, se expresa la Conferencia sobre la Población y Desarrollo -Cairo 1994-.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer mostró su preocupación de implicarse en tal fin, tanto a escala supranacional como en la fijación de las pautas para legislar en el ámbito interno conforme al respeto a la igualdad de mujeres y hombres[291]. En esta Convención, el objetivo de la igualdad de sexos se define en el artículo 5 al requerir la necesidad del compromiso real y efectivo de los distintos Estados miembros, ya que se les consideraba responsables de la adopción de medidas destinadas a la modificación de los tradicionales patrones socioculturales de conducta asignados a los hombres y mujeres, que, únicamente, estaban justificados en la diferencia de sexo.

En consecuencia, esta intervención estatal era la forma por la que se lograría alcanzar la eliminación de cualquier consideración de inferioridad hacia las mujeres fruto de los prejuicios sexuales existentes y de la propia costumbre de la sociedad. Asimismo se debería garantizar una política de educación familiar, que mostrase, desde la perspectiva jurídica y social, la maternidad concebida como capacidad de las mujeres, y, por ello, el respeto a la importancia de su ejercicio desde la libertad. Igualmente, se consideraba que los Estados eran responsables para que las obligaciones y roles asignados, tradicionalmente por las diferencias biológicas, fueran asumidos por los hombres y las mujeres con independencia de su sexo.

---

[291] Esta Convención fue iniciada en 1967, pero no concretada hasta el 18 de diciembre de 1979, y con entrada en vigor el 3 de septiembre de 1981 -ratificada por España el 5 de enero de 1984-. Así se convirtió en el instrumento más importante para el reconocimiento de la responsabilidad estatal en la protección de los derechos de la mujer, ratificada por 150 países, y tiene carácter vinculante, advirtiendo que la condición de género no puede ser causa de discriminación. El Gobierno español ratifica la Convención en 6 de enero de 1984. La fórmula de sucesión en la Corona, al establecer en el artículo 57 de la Constitución Española la preferencia del varón a los efectos de sucesión, supone una trasgresión de lo ratificado por el Estado español. La Convención considera que: "*la diferencia en el trato – ya sea por distinción, por exclusión o restricción –por motivo de sexo, cuyo objeto o resultado sea menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, y en igualdad con el hombre, de sus derechos humanos y libertades fundamentales en todas las esferas de la vida, esto es, supone un compromiso para los Estados de adoptar medidas tanto en las relaciones públicas como privadas, la eliminación de cualquier atisbo de discriminación, con adopción de instrumentos para lograr una igualdad real, proscribir la legislación discriminatoria, ya sean directas o indirectas*". www.unhchr.ch/pd/reports.pdf

En este marco toma sentido la búsqueda de una igualdad de mujeres y hombres y la paridad de los sexos, tanto jurídica como real a la par que supone eliminar barreras sociales, económicas, culturales y familiares. En esta línea, se manifiesta la Conferencia Mundial del Decenio de las NACIONES UNIDAS para la Mujer -Copenhague 1980- al reconocer la necesidad de medidas precisas con el propósito de que las mujeres puedan ocupar con plenitud su puesto en la sociedad. Al propio tiempo que se les permitiría acceder a una prosperidad económica y social que les posibilitase su autonomía e independencia por derecho propio.

A este respecto, en 1985 para presionar a los Estados miembros se crea dentro de la ONU, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que podrá emitir Observaciones Generales y Recomendaciones con el objeto de servir de inspiración para las políticas y planes de igualdad de los Estados miembros. Aspecto que no hace, sino mostrar la preocupación de esta organización supranacional por la situación social de las mujeres[292].

La Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993 afirma en razón de estos objetivos que, "*los derechos humanos de las mujeres a través del ciclo vital, constituyen un aparte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales".*

Estos textos de ámbito supranacional muestran una clara manifestación en favor de la igualdad de las mujeres y los hombres que, también, se expresa en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer -Pekín 1995- al reiterar la pretensión de este marco supranacional del reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres. Así como de la necesidad de suficientes garantías para que las mujeres puedan disfrutarlos de forma efectiva. De esta manera se señala que, de ordinario, las mujeres se enfrentan a barreras adicionales debido a factores como su raza, idioma, origen étnico, cultural y religioso, incapacidades o de clase socioeconómica.

[292] Así, el artículo 2 establece que: "*Cada miembro se compromete a declarar y perseguir una política nacional dirigida a promover con métodos apropiados para las condiciones y prácticas nacionales la igualdad de oportunidades y de trato en lo concerniente al empleo y la ocupabilidad con vistas a la eliminación de cualquier discriminación de esta índole".*

El empeño de las NACIONES UNIDAS es defender la igualdad de sexos con la pretensión de una sociedad donde mujeres y hombres reciban un trato por igual, y no a tenor de su género. Asimismo se legitiman las diferencias normativas con carácter temporal, porque la situación histórica de los hombres y las mujeres no han sido iguales, y, por consiguiente, requieren un trato jurídico desigual para que las mujeres puedan alcanzar la igualdad de resultados con los hombres.

En efecto, se consideró que, "*la igualdad es la base de toda la sociedad democrática que aspira a una justicia social y derechos humanos. Virtualmente todas las sociedades y esferas de actividad de la mujer están sujetas a desigualdades de hecho y derecho. La situación se debe a la existencia de discriminación en la familia, en la comunidad y en los lugares de trabajo".*

Este objetivo, también, inspiró a las Estrategias de Nairobi orientadas para la inserción de las mujeres durante el período 1986-2000 y planteadas desde la disertación a favor de, "*la igualdad de oportunidades, de derechos, responsabilidades y participación de la mujer como beneficiaria y como agente activo*".

En estos términos, el 12 de marzo de 1999, la Comisión sobre la situación de las mujeres adoptó por consenso un Protocolo opcional a la citada Convención, - ratificado por España el 6 de julio de 2001 -. El objetivo de este Protocolo mostró que a pesar de existir declaraciones formales, sin embargo, persisten las asimetrías por sexo en la definición de la posición de las mujeres en el orden social, pues son las principales afectadas por la desigual distribución de recursos e insolidaria gestión política[293].

El hilo conductor de todas las medidas jurídicas y todas las políticas nacionales es el ir destinadas a instar a la autonomía financiera de las mujeres y a su emancipación social. Además, se consideró que el compromiso público era el único instrumento efectivo para que las mujeres puedan tomar sus

[293] El Protocolo puso a esta Convención al mismo nivel que otros instrumentos internacionales, permitiendo este protocolo dos procedimientos garantistas, por un lado, las mujeres o grupos de mujeres podrán presentar quejas sobre la violación de derechos recogidos en la Convención. Por otro lado, el procedimiento de investigación tiene como fin la habilitación al Comité para entablar investigaciones sobre violaciones graves del sistema de los derechos de las mujeres. El protocolo es firmado el 10 de diciembre de 1999 por 23 países, ampliándose a otros 42 países el 15 de junio de 2000.

decisiones libremente, porque estas decisiones habían estado influenciadas por los discursos de los poderes políticos y religiosos. Al mismo tiempo que la propia sociedad había sido la principal manipuladora para que las mujeres tuvieran una posición secundaria y de dependencia de la voluntad masculina.

Este Protocolo reconoce en la acción positiva como un medio necesario para que las mujeres se integren en todos los ámbitos socioeconómicos, políticos y culturales. Igualmente, se hace referencia a la protección de la maternidad con el objeto de idear una política de armonización de la vida familiar y profesional. De tal modo, que esta compatibilidad permita a las mujeres ejercer una de las expresiones del derecho a la libertad, como es el ejercicio de la maternidad sin renunciar a su vida profesional. En este mismo orden, se advierte que todas las medidas positivas de este carácter deben tener una temporalidad de aplicación y una racionalización en su contenido.

En resumen, la posición supranacional de defensa de las mujeres es enfrentarse con medios jurídicos a toda situación legal o real que afecta a sus derechos sociales, a la vez que se opone a toda discriminación cuando tenga su origen en la diferencia de sexo, estado civil o justificándose en estereotipos sexuales. Es decir, esta situación supone un menoscabado de los derechos de las mujeres como ciudadanas, que sólo se justifica por ser parte de un sector de la población sobre el cual recaen los problemas socioeconómicos, ya que las mujeres son víctimas fáciles de la crisis económica por carecer de un trabajo decente y digno que les permitirse su independencia.

En este sentido, NACIONES UNIDAS hace a los Estados responsables de la garantía de la igualdad de las mujeres y los hombres, puesto que se les exige que constitucionalicen este contenido social. Es decir, se considera como la única fórmula para eliminar situaciones discriminatorias de género, y ofrecer una adecuada protección en el caso de su quebramiento por parte de los poderes públicos, porque sólo desde esta perspectiva jurídica se podrá hablar de ciudadanía, también, para las mujeres; y, de esa forma, las mujeres podrán ejercer la categoría jurídica de sujetos de derecho, y no como meros objetos de un tratamiento legal.

En consecuencia, la Constitución de cada país debe promover la intervención de los poderes supranacional y nacionales, tanto públicos como privados para que sean el vehículo del reconocimiento de los derechos sociales de las mujeres, ya se trate de su efectividad en el ámbito laboral, ya sea la protección del derecho de las mujeres de acceder a prestaciones y servicios que garanticen su bienestar y calidad de vida.

3.1.2. Acciones desarrolladas por la organización internacional del trabajo

El advenimiento del siglo XIX trajo consigo algo más que una Revolución Industrial, o más bien como consecuencia de la misma se incorporaron nuevas y genéricas demandas sociales. De forma especial, esta atención se centró en la preocupación supranacional por los sectores más desprotegidos por la sociedad y más marginados por la revolución económica.

La actuación de la OIT se correspondió a su objetivo de promover por parte de los Estados miembros políticas orientadas a crear condiciones económicas y sociales favorables a la paz social. Al mismo tiempo, se incide en la creación de políticas que instituyesen estructuras jurídicas para la protección de medidas de acción social. De esta manera, se pretendía que desde el marco supranacional se evidenciase el déficit social existente, que no se correspondía con el crecimiento económico del momento. Además, se reclamaba que estos avances sociales se forjasen desde el compromiso estatal con una estrategia social, que construyese las bases favorables a alcanzar la igualdad de mujeres y hombres.

En esta medida durante el siglo XX, a nivel internacional y supranacional ha sido una constante su voluntad por proteger los derechos sociales de las mujeres. En estos términos, es primordial la labor desarrollada por la oit que ha tratado de provocar un compromiso entre los Estados miembros para la garantía de los derechos sociales de las mujeres. Así, desde la perspectiva laboral se definen como objetivos de este organismo: la protección de la maternidad, la igualdad de retribución y la no discriminación en el acceso al mercado de trabajo. Por otra parte, se debe de añadir que los Convenios y Recomendaciones de la oit, aun no teniendo vinculación jurídica, han sido puente para la armonía entre los intereses sociales y los poderes jurídicos de los Estados miembros.

Igualmente, la OIT comparte la inquietud supranacional de adoptar medidas que permitan a las mujeres compatibilizar el derecho al trabajo y su capacidad de ser madres, por eso, la necesidad de conciliar la carrera profesional con la vida familiar de ambos progenitores[294]. En este orden, la OIT hace un llamamiento a la eliminación de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de aquellas medidas paternalistas que pudieran suponer un castigo a la contratación de las mujeres que ejercían la maternidad.

Por consiguiente, se considera irrefutable la confección de instrumentos de protección legal y judicial de las trabajadoras en el momento de ser madres, puesto que la realidad evidencia que se convierten en potenciales víctimas de discriminación. Los datos muestran que esta situación posicionaba a las mujeres en desventaja jurídica y social con respecto de sus compañeros; estos hechos justifican la intervención de los poderes públicos.

A este respecto, la protección de la maternidad fue el primer paso hacia la consideración de las mujeres como sujetos de derecho dentro del sistema de la protección social. De ese modo se atenderá a la necesidad de proteger socialmente a la maternidad, por lo que por parte de los poderes públicos se debía elaborar el armazón jurídico que garantizase el amparo social en estas situaciones, otorgando prestaciones económicas antes y después del parto. De esta forma, se pretendía que la función biológica de la maternidad sea expresión del derecho de las mujeres a ejercer la maternidad de forma libre, y no como una obligación para las mujeres a la par que se buscaba que la maternidad no tuviera repercusiones en materia laboral.

En la actualidad, este objetivo ha sido implementado, prácticamente, en todas las legislaciones internas occidentales, pero el antecedente debe de establecerse en el Convenio de protección a la

[294] La Organización Internacional del Trabajo se crea en 1919, por razones de oportunismo o miedo político al proletariado, (no se puede olvidar que acababa de triunfar la revolución social en Rusia), en su marco se desarrolla una incipiente labor social que tendrá un peso específico en los avances sociales de décadas posteriores y será el referente para las legislaciones internas, sin que se pueda desconocer que sus Convenios no son de carácter obligatorio, tienen una obligación “sui generis”.

maternidad de 1919 elaborado en el seno de la OIT[295]. Es decir, la Conferencia de Washington de 29 de octubre de 1919 adopta el Convenio Internacional número 3, sobre protección de la maternidad.

En su contexto se acuerdan una serie de proposiciones referentes a la protección en el marco laboral de las mujeres antes y después del parto. Así, se fijaba el derecho de las madres a un descanso de seis semanas tras el parto. El artículo 3 establecía el derecho de lactancia de las madres si amanta a su hijo/a, cifrando el permiso en dos descansos de media hora. Al mismo tiempo que a favor de la socialización de la maternidad se recoge la mayor novedad, esto es, el derecho a que durante este período se reconozca a las madres el abono de una cantidad a cargo del Tesoro Público, o bien, a través del Seguro correspondiente. Además, se exigía que la prestación fuese en cuantía suficiente para la manutención de las madres y sus hijos/as.

En suma, la importancia de esta Conferencia estriba en que se tratará de obtener una implicación formal de los Estados miembros, al exigirles, por primera vez, una responsabilidad pública de asumir la cobertura y protección de esta situación derivada de la maternidad; y, con esta protección social se trataba de evitar una precipitada incorporación de las madres al trabajo. Igualmente, se buscaba que con este compromiso de pago por los Estados, o bien, del abono de la prestación con cargo al desembolso efectuado por parte de los seguros, no se constituyese en una carga empresarial el reconocimiento de prestaciones a las madres, y que fuera determinante para que las empresas respondiesen despidiendo a las mujeres.

Es decir, se socializaba la maternidad, del mismo modo que se trata de evitar que las mujeres fuesen despedidas al no recaer el pago de las prestaciones en el empresario/a, pues la respuesta empresarial, como la realidad permitía comprobar, era despedir a las mujeres, y con ello, el resultante deterioro de los ingresos de las mujeres al verse en ese momento afectadas, también, por el incremento de gastos debido al nacimiento de su hijo/a.

[295] España ratificó este Convenio el 4 de julio de 1923. Por otra parte, ha sido revisado en 1952 por el Convenio núm. 103. España ratifica este convenio el 17 de agosto de 1965.

Con estas condiciones, el Convenio de protección de maternidad es revisado en 1952, y, así, se incrementa el plazo del descanso por maternidad al quedar ampliado a doce semanas. Al mismo tiempo que para las madres se fijaba un período obligatorio de seis semanas tras el parto en aras de su recuperación física, pero debe de señalarse que no se aduce para el reconocimiento de este derecho a la consideración tradicional de la relación más estrecha existente entre el recién nacido y la madre. Es decir, por primera vez se trata de no hacer distingos en la posición de los padres y de las madres más allá de la necesaria recuperación que conlleve el propio acto físico del parto para las mujeres.

No obstante, el Convenio número 156, de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, - ratificado por España el 11 de septiembre de 1985 - reconoce que, en la realidad social, las cargas familiares son atribución de las mujeres. Asimismo se considera que deben de adoptarse medidas que favorezcan la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, ya que los estereotipos sexuales y su responsabilidad de criar a los hijos/as les dificulta las posibilidades de preparación para incorporarse al mercado de trabajo, así como su limitación en la participación de los procesos de promoción profesional de forma activa y competitiva.

En consecuencia, este reconocimiento exige en primer lugar, la adopción de medidas jurídicas y de orden socioeconómico para permitir que las trabajadoras con responsabilidades familiares pudieran ejercer su derecho a elegir libremente entre trabajar o permanecer en el hogar. Pero, sobre todo, estas medidas debían garantizar el derecho de las mujeres a que esta decisión fuese tomada de forma libre. En segundo lugar, se hace ineludible una formación profesional continúa, que debería estar diseñada con especial atención a las deficiencias y carencias que se hallan detectado en sus perfiles profesionales femeninos.

En concreto, más recientemente, la Conferencia Internacional de Trabajo aprueba el Convenio número 183, junio de 2000, sobre la protección de la maternidad a fin de seguir promoviendo la igualdad de todas las mujeres. Este Convenio toma nota de los textos anteriormente mencionados, puesto que pretende orientar las reformas de protección de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros a

favor de la garantía del ejercicio de la libertad de las mujeres de elegir, y que en el caso de optar por ejercer la maternidad no ver sus derechos sociales conculcados[296].

Este Convenio se presenta como el ideario que debe inspirar las políticas sociales de los Estados miembros. De esta manera, promueve la necesidad de aprobar medidas, que protejan el ejercicio de la maternidad por parte de las mujeres frente a las discriminaciones que por tal ejercicio pueden sufrir las mujeres. Así, prevé un incremento del descanso por tal motivo de hasta dieciocho semanas, y, además, durante este período se deberán garantizar sus derechos laborales. Pero, especialmente, el Estado se responsabilizará de proteger los derechos de las madres de seguir trabajando tras la maternidad, a la par que se perseguirá y sancionará los despidos que tuvieran su causa en tal situación. Por último, y como algo novedoso, el hincapié sobre la activa participación del padre en el cuidado de los hijos/as, mostrando por parte de la OIT una clara voluntad de la adopción de fórmulas para la corresponsabilidad de las obligaciones familiares.

Por otra parte, la preocupación de la OIT por la igualdad de retribución de las mujeres y los hombres se recogerá, años más tarde, a través del Convenio número 100, de 1951, sobre la igualdad de remuneración, que España ratifica el 6 de noviembre de 1967[297]. En el mismo se considera: "*asimilado al término retribución, el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador directa o indirectamente al trabajador*". En consonancia a este Convenio, de nuevo, se reclama el compromiso de los Estados miembros para adoptar disposiciones al objeto de lograr tales fines, es decir, buscando la neutralidad o formas asexuadas en la definición de las

[296] La Declaración de la Conferencia Internacional del Trabajo sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato para los trabajadores de 1975, la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la mujer de 1979, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño 1989, la Declaración de Beijing y Plataforma de Acción de 1995, y la Declaración del OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento en 1998, son el vestíbulo para este Convenio.

[297] Convención núm.100 de 1951, en orden a su artículo 2: "*El Estado miembro promoverá los medios apropiados para determinar los índices de remuneración y asegurará tanto como sea posible con tales métodos, la aplicación para todos los trabajadores, del principio de igualdad de remuneración para hombres y mujeres trabajadoras por trabajo de igual valor*". Este punto será abordado en numerosas sentencias previas a las modificaciones legislativas. Hay que mencionar que esta oportuna reivindicación se debe a Francia, que la reclamaba desde su posición calificada por los expertos del quinto país más adelantado o progresista en la materia social.

condiciones laborales. Asimismo se señala que sus contenidos son de obligado respeto por parte, tanto en la esfera pública como en el ámbito convencional y contractual.

Con relación a lo señalado, se ha manifestado la voluntad de la OIT para que en razón de la efectividad de la igualdad de sexos se establezcan instrumentos para consolidar los logros anteriores. En esta medida, se reclama que para dar garantía a este objetivo se debe implicar a los agentes sociales y económicos, pues se consideraba este cauce como una adecuada participación social que supondría hacer realidad la igualdad de las mujeres y los hombres en el marco social.

De esta manera, para dar cumplimiento a este objetivo se aprueba el Convenio sobre la Discriminación -empleo y ocupación- núm. 111, de 4 de junio de 1958, - ratificado el 6 de noviembre de 1967 por España -. Este Convenio fue innovador, ya que como vemos en los capítulos siguientes, una treintena de años más tarde es la Unión Europea la que a través de los diferentes Tratados motiva la intervención de los agentes sociales en la regulación de la igualdad de oportunidades en el empleo de hombres y mujeres.

Por lo demás, se hace necesario aludir al Convenio sobre la Seguridad Social núm.102, de 1952, que España ratifica el 29 de junio de 1988. Calificado internacionalmente "como norma mínima en materia de seguridad social". En este sentido, se fija el esquema inicial del sistema de la seguridad social al ser el marco horizontal sobre el cual se diseñó el sistema de previsión social del constitucionalismo europeo. Este Convenio inspirado en el informe de Beveridge (1944) fue el Convenio del consenso, considerado así por la fórmula de ratificación utilizada, con tal fin se pretendía obtener el mayor alcance geográfico, y por ende, que el proceso de ratificación no fuese un problema para los Estados miembros. Por ello, la flexibilidad de los contenidos obligatorios de ratificación, e incluso del propio proceso[298].

[298] La fórmula de compromiso es flexible, diversificando la acción protectora en nueve ramas, con una vuelta al sistema de los seguros sociales, y dejando atrás al sistema de consideración conjunta de BEVERIDGE, al prever que se podía ratificar tres ramas de protección entre las siguientes: la protección de asistencia sanitaria, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones por desempleo, por vejez, prestaciones en el caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, por maternidad, por invalidez, prestaciones de sobrevivientes. Únicamente se hacía la observación que de estas nueve ramas, sólo se debían ratificar tres, con la condición de que una de ellas fuese la protección por desempleo o vejez, o bien, contingencias profesionales, o por el contrario, el fallecimiento o la invalidez.

Tal y como hemos afirmado, la importancia de este Convenio se debe a su consideración de vestíbulo para los sistemas de previsión social occidentales y por lo tanto, el español. Además, este modelo de seguridad social sustituirá a los sistemas sociales bismarquianos basados en un sistema de financiación con un soporte de capitalización. En la nueva fórmula, los sistemas de seguridad social se fundamentan en la garantía de una protección social en un nivel mínimo con carácter asistencial, a la par que un sistema de protección contributivo para los trabajadores/as mediatizado por las aportaciones o cotizaciones sociales.

Este sistema define una panoplia de prestaciones para dar cobertura a las distintas contingencias, que se aducen como necesarias para poder hablar de calidad de vida[299]. De nuevo se presta atención particularizada a las mujeres con relación a la maternidad, y es centrada dicha protección en la instrumentalización de asistencia sanitaria e ingresos económicos suficientes para garantizar el bienestar de las madres y de su descendencia. Así como su posible continuidad en su personal proyecto profesional sin renunciar a su vida personal.

En síntesis, desde el contexto supranacional se señala, que al sistema público de previsión le corresponde la garantía de dimensionar los medios materiales suficientes para asegurar el bienestar general de la población desde la justicia social, incluido, el colectivo de las mujeres. De tal manera que el Estado intervencionista desde la estructura jurídica está comprometido en fijar los cimentos sociales de

[299] El sistema de previsión social debe integrar una protección por fallecimiento, asistencia médica general, (comprendida la visita a domicilio, asistencia por especialistas, prestada en hospitales a personas hospitalizadas o no hospitalizadas y la asistencia que pueda ser prestada por especialistas fuera de los hospitales, el suministro de productos farmacéuticos esenciales recetados por médicos/as u otros profesionales cualificados y la hospitalización cuando fuere necesaria) en el caso de embarazo, parto y sus consecuencias, la asistencia prenatal, la asistencia durante el parto y la asistencia puerperal prestada por un médico o por una comadrona diplomada y la hospitalización, cuando fuere necesaria. Las contingencias cubiertas deberán comprender e integrar las siguientes: cuando sean ocasionadas por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, estado mórbido, incapacidad para trabajar que resulte de un estado mórbido y entrañe la suspensión de ganancias, ya sea pérdida de la capacidad total o parcial, y en los casos de pérdida de medios de subsistencia sufrida por la viuda o los hijos, como consecuencia de la muerte del sostén de la familia. En el caso de la viuda, el derecho a las prestaciones puede quedar condicionado a la presunción, conforme a la legislación nacional, de que es incapaz de atender a sus propias necesidades.

garantía de la igualdad de mujeres y hombres, y la configuración de un sistema de seguridad social para proporcionar seguridad material en aras del respeto a la dignidad humana femenina.

La necesidad de avanzar más allá invita al planteamiento de este problema desde distintos órdenes, ya que este tratamiento interdisciplinario avoca a la exigencia de un procedimiento de socialización del mismo. Esta relación está justificada, porque el tema está muy ligado al derecho de respeto a la dignidad de las mujeres y a su posición como titulares de derechos sociales, pero, especialmente, está vinculado al reconocimiento por la sociedad de su condición de persona.

A este respecto, se trata de que desde el orden supranacional, internacional y nacional se aborden medidas para eliminar los esfuerzos y las acrobacias femeninas que deben realizar las mujeres diariamente para poder compaginar sus funciones profesionales y sus tareas en el hogar.

3.2. LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES EN LA UNIÓN EUROPEA: PROTECCIÓN SOCIAL

3.2.1. Introducción

Por la importancia para España, nos corresponde el análisis del panorama jurídico comunitario, de tal manera que estudiamos las distintas orientaciones y acciones de los poderes públicos de la Unión Europea, de aquí en adelante UE. El ordenamiento comunitario incide en la regulación, en la aplicación y en la interpretación que los poderes públicos españoles deben de realizar en el desempeño de sus funciones, siendo imperativa la acomodación de la actuación estatal en materia social al régimen de política social establecido por la UE, a la par que se impone el objetivo de alcanzar para toda la ciudadanía europea un progreso socioeconómico equilibrado y sostenido, que se construye sobre el fortalecimiento de la cohesión económica y social.

En consecuencia, abordamos los aspectos más generales de la dimensión social del espacio europeo. Es decir, es un breve preliminar que pretende contextualizar, desde una perspectiva histórica, los objetivos sociales de la construcción europea. Este apartado tiene como objeto facilitar la

aproximación al estudio de las distintas partes del capítulo, puesto que uno de los pilares del frontispicio europeo es la política social que está avanzando y consolidándose en la Europa de los 25. Asimismo, vale decir que el Derecho social comunitario, que es integrante del ordenamiento jurídico español, trata de hallar nuevas fórmulas que permitan su adaptación a la nueva realidad socioeconómica.

En este sentido debemos de señalar que, inicialmente, la UE tuvo escasas funciones en materia social centrándose su labor esencialmente en el marco consultivo y de orientación. Así, incluso actualmente, los temas sociales relevantes siguen siendo de forma exclusiva competencia de los Estados miembros, pues no se ha logrado uniformidad en el Derecho social europeo. No obstante, la propia dinámica del desarrollo comunitario ha presentado resultados sociales positivos que han fortalecido la dimensión social europea.

La ue tiene entre sus objetivos prioritarios la garantía de los derechos sociales en su doble proyección, tanto en el marco laboral como en el marco de la seguridad social. De tal modo, que como punto de partida y de forma generalizada, todos los proyectos sociales se disponen desde la aproximación de las legislaciones y políticas sociales de los Estados miembros. Por lo demás, en las dos últimas décadas con el ensanchamiento de las competencias sociales, por parte de la ue, se inicia una nueva fase de fortalecimiento de la protección jurídica de los derechos sociales, dando lugar a su reconocimiento y garantía jurídica que otorga fortaleza a la dimensión social dentro del espacio europeo[300].

La ue determina como fines sociales el progreso socioeconómico bajo los parámetros del equilibrio y la estabilidad que invoca la mejora de las condiciones de vida y de trabajo. A tal objeto se convierten en fin comunitario dos cuestiones, por un lado, el establecimiento de condiciones económicas y sociales adecuadas para lograr la plena integración de las mujeres en la sociedad en aras de la garantía de su derecho a una vida digna, que les permita actuar con libertad en sus decisiones, tanto en el desarrollo de su vida personal como en el ejercicio de su carrera profesional.

---

[300] MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. Y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS (Dir. y editor), *Política Social Internacional y Europea,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

Por otro lado, la ue considera que uno de los instrumentos para alcanzar tales objetivos se debe plantear con la defensa, en los Estados miembros, de un sistema público de seguridad social. De tal forma, que sea este instrumento social de carácter público el que reconozca prestaciones de percepción diferida. Además, se deberán promover medios suficientes para garantizar la subsistencia material de las ciudadanas europeas en aquellas situaciones que les generan necesidades que no pueden afrontar de forma individual. Así, forma parte del objetivo social comunitario el constituir un sistema público de previsión social, que con base en la justicia social reconozca a las mujeres prestaciones individuales; por ello, su propósito de coadyuvar en la mejora de calidad de vida de las mujeres.

Asimismo el fin de la ue, desde esta perspectiva, y, juntamente al marco laboral, es establecer una serie de medidas que permitan a las mujeres ejercer la capacidad de ser madres compatibilizando su ejercicio sin tener que renunciar a su vida profesional[301]. En efecto, en todo caso, esta dimensión social exhorta la implementación del dogma de la igualdad de mujeres y hombres en la protección jurídica, considerándose el hilo conductor de las políticas laborales y en materia de seguridad social.

No obstante, en Europa, la materia social se encuentra, especialmente, con tres dificultades. Esto es, tal como hemos mencionado de forma semejante a otros contextos nacionales, en primer término, se plantea la dificultad de dar efectividad a estos derechos sociales que exigen un marco económico, puesto que al ser derechos prestacionales su garantía depende de la responsabilidad económica pública y, por consiguiente, de un desembolso presupuestario. Este argumento económico ha dificultado la garantía de los derechos sociales, también en el ámbito comunitario al estar su efectividad supeditada a la existencia de una estructura pública previa, así como a la existencia de recursos económicos suficientes para cumplir con las prestaciones que generan su reconocimiento.

En este contexto, como señala Barbalet, se distingue entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, en cuanto a que los primeros son derechos que el Estado los considera garantizados con eficacia normativa, y sin requerir significativos desembolsos de dinero, además, únicamente, imponen al Estado obligaciones negativas. Al propio tiempo, los derechos sociales dependen de las políticas

[301] Consúltese, CRUZ VILLALÓN, JESÚS Y PÉREZ DEL RIO, TERESA, *Una aproximación al derecho social comunitario,* Madrid, Tecnos, 2000.

fiscales, y en tal medida, se justifican las limitaciones al hablar de protección social. A este respecto, este autor sostiene que hay un obstáculo añadido por la dependencia de estos derechos sociales de la existencia de infraestructuras profesionales y administrativas. Asimismo, precisan de una financiación con bases fiscales que empuja a considerar que no estamos ante derechos, sino ante oportunidades potenciales. Es decir, estaríamos ante simples derechos secundarios que alteran la relación que antes se había establecido sobre la definición de los fines del Estado social[302.]

En segundo término, y relacionado con lo señalado, las dificultades se plantean para lograr acuerdos en el marco social de la ue debido al complejo procedimiento de aprobación de protección normativa comunitaria de los derechos sociales. Estos obstáculos procedimentales de la política social han provocado que su diseño sea hecho a la carta para buscar el beneplácito de los Estados miembros en aras de alcanzar el consenso. Por otra parte, sobre este consenso la realidad refleja que a pesar de esta cesión por parte de la Comunidad, no se ha evitado la segregación en la suscripción de los acuerdos sobre política social. Además, la política social se ve obstaculizada por la exigencia de mayoría cualificada o de la unanimidad, como ocurre en materia de seguridad social.

Por tal motivo, en la ue, aunque existe interés en avanzar, las decisiones son fruto de un complejo y lento procedimiento, que hace que cualquier paso adelante sea parcial y torpe, y siempre sometido a los intereses económicos y políticos de los Estados miembros en un intento de proteger al poder empresarial y financiero de la ue. Esta subordinación al marco económico se plantea, sobre todo, cuando se trata de derechos sociales, pues su efectividad compele a la disponibilidad de una partida presupuestaria. Es decir, el hecho de que la Comunidad naciese con una primordial voluntad económica de crear un mercado común ha supuesto que la dimensión social de la ue fuese considerada como un aspecto secundario y dependiente de los intereses económicos.

En tercer término, y enlazado con las consideraciones anteriores, los Estados miembros son reticentes a ceder en su soberanía a favor de la UE. El miedo a la pérdida de poder político ha llevado a que determinados países, especialmente Reino Unido, se hayan descolgado, incluso de los Protocolos

[302] BARBALET, J.M., *Citizenship: rights, struggle and class inequality,* Padova, Liviana, 1992.

sobre política social. De ese modo, los proyectos comunitarios de derecho originario reguladores de los derechos sociales, habitualmente, terminan siendo meras declaraciones formales de voluntad de la Comunidad al carecer de consenso.

Esas fuertes resistencias soberanistas son, también, fruto de las últimas dificultades de la economía europea ante la deslocalización de la producción, que promueve medidas internas en defensa de los intereses comerciales de los Estados miembros; e incluso, estas decisiones políticas de índole nacional están alejadas de las decisiones e intereses comunes de la UE, tanto económicos como sociales. En este sentido, esta nueva situación económica sirve de justificación para incumplir los acuerdos europeos de cohesión socioeconómica, que es una de las exigencias para alcanzar el bienestar social para toda la Comunidad de manera equivalente y solidaria.

Por lo descrito, en la actualidad, el ordenamiento jurídico comunitario está tratando de crear medidas sociales que hagan frente a los efectos negativos de la globalización del sistema económico neoliberal que busca beneficios mercantiles; que, asimismo, pueden comportar el menoscabo de derechos sociales comunitarios ya consolidados. En este contexto es donde se deben aunar intereses económicos y sociales, y, en consecuencia, la importancia de reforzar la defensa de los derechos sociales. Al mismo tiempo, se hace imprescindible mantener una política proclive al desarrollo económico estable dentro de la aplicación de nuevas prácticas sociales y culturales para la ciudadanía europea.

Para concluir debemos de señalar, que el Derecho Comunitario Social se desarrolla en una realidad económica y social sobre la que cada vez tiene mayor competencia la Comunidad en su regulación jurídica. Esto es, el ordenamiento jurídico comunitario, a pesar de las dificultades para su formulación, se identifica con el reconocimiento y garantía de los derechos sociales de la ciudadanía social europea. La propia dinámica ha supuesto que la interpretación de los principios generales del régimen económico sea armonizada en confluencia con otros principios sociales. De esta manera, en la voluntad de la ue late la necesidad de crear políticas orientadas a implantar adecuadas condiciones sociales, económicas y jurídicas para alcanzar un progreso económico y social que desde equilibrio y la estabilidad permita lograr una vida digna para la población europea.

3.2.2. El derecho a la seguridad social en el derecho comunitario originario

3.2.2.1. Evolución de la protección normativa del derecho a la protección social

Al margen de estas dificultades, la defensa de los derechos sociales ha disciplinado una serie de mecanismos jurídicos para su efectividad. En este orden, se considera que el derecho a la seguridad social será un concepto ligado al término de ciudadanía europea, que se sitúa en la esfera de la política social, definiéndose como artífice de la seguridad material desde la garantía del derecho fundamental de la igualdad de mujeres y hombres. De esta forma, es el sistema de la seguridad social considerado como el elemento definitorio de la Constitución Social Europea.

En este sentido, el Libro de Blanco sobre política social - 1994 - desarrolló un estudio sobre el sistema de seguridad social más adecuado para la Europa del siglo XXI. De tal modo, que se consideraba que el sistema de seguridad social con carácter público es formulado para lograr desde la solidaridad un orden socioeconómico justo. Pero debía ser construido bajo los cimientos de la justicia, la prudencia y el equilibrio, aunque, especialmente, debía mostrar un carácter flexible para su acomodación a circunstancias demográficas, y a las variables que rigen el mercado de trabajo, así como a los parámetros de la economía internacional.

Igualmente, esta consideración de la garantía y defensa del derecho a un sistema público de la seguridad social y del derecho a la igualdad de mujeres y hombres es recogida en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores de 1989[303]. Este texto fue más declarativo que comprometido; fraguado bajo la dirección de la presidencia española, es un catálogo de propuestas e iniciativas sociales[304]. Es decir, no hubo reconocimiento de nuevos derechos sociales, sino que se

[303] La adoptan 11 países tras el Consejo de Europa de Estrasburgo, de 9 de diciembre de 1989. Se parte de valores comunes, como la dignidad, libertad, igualdad y la solidaridad, así como, la democracia. El Estado de derecho intensificará la formación profesional continúa y ocupacional con un pluralismo dentro de la unidad de planteamiento en un interés proclamativo.

[304] Se distinguen tres listados de materia social: primero, las materias excluidas de la intervención europea tales como remuneración, la sindicación, la asociación; en segundo lugar, materias que requieran mayoría cualificada y el proceso de codecisión, tales como, la protección de la salud, y la seguridad en el trabajo, información y consulta a los trabajadores, igualdad de oportunidades, técnicas de reconversión, mejora del entorno de trabajo, y por último, el

definieron y fijaron los niveles de protección que habían sido, anteriormente, consagrados por los ordenamientos jurídicos de los diferentes Estados miembros.

En esta línea, los artículos 10, 24 y 25 son referidos a la protección social, pero no es destacable el compromiso de los Estados miembros, ya que, solamente, el artículo 10 señala que la protección social se debe diseñar para que se otorgue un nivel de cobertura "suficiente", pero no se concreta ni los términos, ni los medios para alcanzar estas cotas de protección social. Asimismo, en los artículos 24 y 25 se exige que los Estados miembros establezcan medidas para otorgar protección a la vejez, incluyendo, prestaciones económicas, sociales y sanitarias; sin embargo, también en estos artículos falta una concreción en su formulación.

No obstante, vale decir, que por un lado, los artículos 20, 21, 22 de esta Carta Comunitaria establecen la igualdad de las mujeres y los hombres ante la ley, prohibiendo toda discriminación motivada por razón de sexo. Por eso, este texto considera que se deben de establecer, por los Estados miembros, mecanismos de garantía de la igualdad de oportunidades y de trato en materia laboral. Así como proteger la igualdad de mujeres y hombres en materia de retribución por un mismo trabajo, o bien, por un mismo trabajo del mismo valor[305]. Pero se reconoce que este derecho no impedirá la adopción de medidas en los ordenamientos jurídicos nacionales, cuando tengan como objetivo la aprobación de instrumentos diferenciadores que establezcan ventajas destinadas a facilitar a las mujeres el acceso a los empleos en los que estén menos representadas, o bien, establecer medidas con el fin de evitar y compensar las desventajas que las mujeres han sufrido, tradicionalmente, en sus carreras profesionales.

Por otro lado, este texto en el artículo 31 y artículo 32 señala la necesidad de una protección jurídica adecuada a las mujeres para que puedan conciliar su vida familiar y profesional. Por ello, el

tercer grupo que requiere unanimidad y previa consulta al Parlamento y a los dos grandes Comités consultivos: el Comité Económico y Social y Comité de Regiones, se regulará materias como la de seguridad social, protección social, protección del trabajador en el caso de rescisión del contrato, representación y defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios incluida la cogestión, fijará las condiciones de trabajo a los nacionales de terceros países que residan legalmente en la Unión, y establecerán las contribuciones Europeas dirigidas al fomento del empleo.

[305] Cita de la obra de GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, *La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores.* En MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. Y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, (Dir. y editor), *Política Social Internacional y Europea, Op. cit.,* págs. 311-356.

necesario reconocimiento de derechos a permisos y licencias para el cuidado de familiares e hijos/as. Siendo de resaltar la demanda de medidas de protección contra el despido de las mujeres en los casos que ejerzan los derechos laborales derivados de la maternidad.

En consecuencia, en palabras de GONZÁLEZ ORTEGA, "*la Carta forma parte del propósito de construir un espacio social europeo como expresión de la cohesión social comunitaria; cohesión a la que, a su vez, se la considera como la contrapartida imprescindible de la unión económica y que debería servir para equilibrar una política social excesivamente subordinada a las exigencias, prevalentemente económicas, de la creación del mercado único o del mercado interior*"[306].

Por su parte, el Tratado de Maastricht en 1992 fue un tímido avance en la construcción de la Europa social, porque pervivieron por encima de todo los intereses económicos que sentaron las bases para la formulación de una ue, edificada bajo los cánones de la economía de mercado, la libre circulación de mercancías, servicios, y capitales.

En materia social se deben de destacar dos aspectos, por un lado, la mejora de la protección social prevista para los trabajadores/as como consecuencia del reconocimiento del derecho a su libre circulación[307]. Por otro lado, con este Tratado se resalta la necesidad de respetar los derechos sociales por parte de los Estados miembros con el objetivo de evitar la Europa de los mercaderes.

De ahí, que en su contexto se legitimen la creación de ayudas y proyectos políticos, que tienen como fin la erradicación de la pobreza y la lucha contra la exclusión social de las mujeres. Siendo una de las mayores novedades, las disposiciones que afectan a la igualdad de trato de los trabajadores masculinos y femeninos, pues es de especial atención la garantía jurídica de la igualdad de trato en materia de retribución salarial, al ser recogida por el Protocolo Social II en los términos establecidos por la

---

[306] GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, *La carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores.* En MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. Y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, (Dir. y editor), *Política Social Internacional y Europea, Op. cit.,* pág. 312.

[307] Artículo 2: "*Promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado",*

doctrina jurisdiccional, que habían sido determinados por la stje de 17 de mayo 1990, en el conocido Caso 262/88, Barber.

En conclusión, estas consideraciones son la muestra de una trascendental evolución en la concepción de los derechos sociales en el marco de la ue, en cuanto a que se ha ido perfilando la política social europea a través de instrumentos normativos, que han definiendo el concepto de protección social a partir de un sistema prestacional que se convierte en una función social de la cual es cada vez más responsable la propia ue. Esto es, se considera competencia comunitaria la adopción de medidas destinadas a garantizar la mejora de las condiciones de vida y empleo a la población europea.

3.2.2.2. Tratamiento actual en el derecho comunitario originario del derecho a la seguridad social

Al respecto del derecho originario, el mayor compromiso comunitario a favor de un nuevo cambio en la política social se establece en los términos recogidos por el Tratado de Ámsterdam de 10 de noviembre de 1997[308]. Este texto supone el avance jurídico que determina la consolidación de la Europa social proclamando el necesario mayor compromiso de la ue para garantizar la posición de las mujeres en el marco comunitario. De tal modo que las mujeres sean partícipes del progreso económico y social en un desarrollo equilibrado, que permita alcanzar la cohesión socioeconómica para toda la ciudadanía europea (artículo 1).

En este mismo sentido, el artículo 2 trata de integrar dos cuestiones que están substancialmente ligadas. Esto es, por un lado, el desarrollo económico y social de forma armoniosa y equilibrada a la par que un crecimiento no inflacionista que permita lograr competitividad a los productos europeos. Por otro lado, que estos fines económicos sirvan para conseguir adecuados niveles de protección social, y la mejora de la calidad y el nivel de vida de la población comunitaria, enunciándose desde la implementación de la convergencia económica y social con respecto a los países miembros.

[308] *DOCE núm. C 340, de 10-11-1997*.

Al propio tiempo, este Tratado añade un apartado 2 al artículo 3 por el que la Comunidad fija que el objetivo de eliminar las desigualdades entre los hombres y las mujeres debe de estar presente en todas las actuaciones públicas y privadas dentro de la Comunidad, a la vez que la UE debía comprometerse en la adopción de disposiciones para promover la igualdad de sexos en todas las áreas de la vida pública y privada. Dicho de otra manera, exigía que la UE asumiese la responsabilidad de eliminar aquellas disposiciones contrarias a este derecho fundamental, y, además, se aprobasen medidas que tuviesen como fin mejorar los niveles de vida, tanto para los hombres como para las mujeres.

En este contexto se creó un Grupo de Reflexión para el análisis de la cuestión social planteada desde distintas perspectivas, si bien, todas ellas debían estar impregnadas por un claro vínculo al principio de no discriminación por razón de sexo. Por consiguiente, como ya hemos mencionado, este Grupo de Trabajo considera que se precisa de la eliminación de todo tipo de medida que, directa o indirectamente, pudiera dar lugar un trato desigual entre las mujeres y los hombres. Así, en esta medida se señala que la conceptualización de la ciudadanía social implica que las mujeres tengan efectivamente la titularidad de los derechos sociales.

Este objetivo del derecho a la igualdad de género indica MARTÍN VIDA, *"no es un mandato bilateral en el sentido de neutro o simétrico, sino unilateral, orientado a favorecer a determinados grupos humanos y a sus miembros, que hasta el momento han estado colocados en una posición de desventaja y marginación frente a quienes ocupan esferas de poder en la sociedad, y cuyas posibilidades reales de acceder a ciertos bienes escasos socialmente valiosos, en el caso concreto de las mujeres, siguen estando mermadas aunque haya mejorado su nivel de formación hasta equipararse como mínimo al del colectivo tradicionalmente dominante, y aunque hayan conseguido en cierta medida reducir sus cargas familiares*"[309].

[309] MARTÍN VIDA, M.A., *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva,* Madrid, Civitas, 2003, págs. 65-66.

Por último, el Tratado de Ámsterdam establece que las actuales menciones de los artículos 117 a 120 del Tratado de la Unión Europea, serán referidas a los artículos 136 a 143 del Tratado de la CE (artículo 109 S 22)[310].

En resumen, la igualdad de sexos es concretada como objetivo de la política europea; a tal fin se hace necesario un marco de protección de las necesidades que afectan a la población. Así, para su materialización se diseñarán medidas para ayudar a las mujeres a luchar contra su marginalidad social y económica, porque se tratará de que con estos instrumentos se les permita su plena integración y emancipación como ciudadanas, es decir, que les permita acceder al Estado de Bienestar europeo.

En esta misma línea, se considera que las mujeres deben tomar posesión del papel social que les corresponde, y, por ello, junto con su incorporación al mercado de trabajo se deben de adoptar medidas, que hagan a las mujeres titulares de la protección social por derecho propio y en igualdad de condiciones con el sector masculino de la población de la Comunidad Europea.

Tal y como hemos mencionado, el artículo 3.2 en relación con el artículo 13 del tce señalan, que dentro de estos objetivos es esencial que la igualdad de las mujeres y los hombres esté presente en la formulación de las distintas políticas, tanto para eliminar la discriminación que puede afectar a las mujeres como para la adopción de medidas destinadas a fortalecer la igualdad de sexos. El Tratado de Ámsterdam introduce explícitamente en su artículo 2 y artículo 3 el "principio jurídico transversal" de la exigencia de reflejar el principio de la igualdad de mujeres y hombres en todos los aspectos del ordenamiento jurídico[311].

---

[310] Artículo J.18: "*Los artículos 137, 138, 139 a 142, 146, 147, 150 a 153, 157 a 163, 191 A y 217 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea serán de aplicación a las disposiciones relativas a las materias a que se refiere el presente título".*

[311] FREIXES, "Las mujeres y la futura Constitución europea", *Revista Meridian,* núm. 33, 2004. www.juntadeandalucía.es/iam

Este concepto, anteriormente propuesto por la oit, tiene el fin de que las distintas actuaciones y programas de la Comunidad garanticen los derechos fundamentales de la ciudadanía europea[312]. Así, con el término británico "mainstreming" se denomina a la necesidad de que la igualdad de mujeres y hombres sea considerada en la aprobación de medidas de acción positiva en diferentes áreas políticas, puesto que tienen como fin eliminar la segregación horizontal y vertical, así como facilitar la ciudadanía social de las mujeres[313].

En este marco se hace necesario señalar que la reciente Constitución Europea del siglo XXI aborda el reconocimiento de la política social como prioritario objetivo comunitario, y por ende, la protección social se convierte en un derecho social fundamental en el artículo II-94 en relación con el artículo III-209[314]. Esto es, con la Constitución europea, la Unión tendrá como objetivo la erradicación de la exclusión social a la par que deberá fomentar medidas para la eliminación de la discriminación de género, y, asimismo se establecerán instrumentos para promover la justicia y la protección social desde la perspectiva de la igualdad de mujeres y hombres, convirtiendo a las mujeres en ciudadanas.

De esta forma, entre estos instrumentos que se utilizarán para alcanzar estos objetivos, se encuentra la política social expresada a través del sistema de la seguridad social, eso es, será definido como otro instrumento social y económico que permite corregir los desequilibrios entre las mujeres y los

---

[312] La defensa de los Derechos Humanos, así como, la defensa de los derechos económicos y sociales ya había sido consagrada por el Consejo de Europa. MONTOYA MELGAR, ALFREDO Y GALIANA MORENO, JESÚS M. Y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, *Derecho social europeo*, Madrid, Tecnos, 1994, pág.24. En este sentido, dentro del ámbito del Consejo de Europa se aprueba la Carta Social Europea (Turín 18-10-1961) que España ratificó el 29 de abril de 1980. Con este texto se señala la necesidad de construir un muro maestro de carácter social con el reconocimiento de una serie derechos sociales, tales como derecho al trabajo, medidas de fomento del empleo, de mejoras de condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir una calidad de vida y una protección adecuada al objeto de acceder al progreso social, incentivar el diálogo social, asimismo, el reconocimiento a una retribución equitativa, a medidas de seguridad social, asistencia social y servicios sociales etc.

[313] Artículo 2: "*La Unión tendrá los siguientes objetivos: promover el progreso económico y social y un alto nivel de empleo y conseguir un desarrollo equilibrado y sostenible, principalmente, mediante la creación de un espacio sin fronteras interiores, el fortalecimiento de la cohesión económica y social y el establecimiento de una unión económica y monetaria que implicará, en su momento, una moneda única económica y monetaria que implicará en un momento una moneda única, conforme a las disposiciones del presente Tratado".*

[314] Aunque, no está vigente en estos momentos si bien, ya ha sido ratificada por todos los Gobiernos de los Estados miembros en la Unión Europea, incluso en el caso español, el 20 de febrero 2005 ha sido refrendada por el pueblo español.

hombres. De esta manera, este texto es la garantía social que desde la ue se impone al resto de los países de comunitarios

Sin embargo, debemos de señalar que al igual que el Proyecto de Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa de 18 de julio de 2003, el actual Texto constitucional europeo mantiene, por la redacción del artículo II-112, apartado cuarto, la posibilidad de plantear problemas sobre la eficacia jurídica de la igualdad de las mujeres y los hombres en su consideración como derecho fundamental a tenor del artículo II-83.

Con el contenido de esta segunda parte del Texto constitucional se puede poner en peligro la eficacia jurídica de la igualdad de sexos como derecho fundamental. A pesar de que esta parte se ha elaborado con la recopilación de los derechos fundamentales del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como de las Cartas sociales de la UE, y, del Consejo de Europa, no obstante, su interpretación introduce un cambio, de tal modo que el citado artículo II-122 considera que, "*aquellos derechos fundamentales que se reconozcan en la presente Carta se interpretarán en armonía con las citadas tradiciones*"[315].

Esta técnica de interpretación como advierte FREIXES, es permisible para que se produzca una ruptura con los logros que en la Comunidad se han alcanzado con relación a la posición jurídica de la igualdad de mujeres y hombres, ya que las "*tradiciones constitucionales*" de los Estados miembros pueden otorgar una menor protección a la prevista por el derecho comunitario. Esta situación puede plantearse en España y, de esa manera, el derecho fundamental constitucional a la igualdad de las mujeres y los hombres estaría afectado por este texto comunitario[316].

---

[315] El Proyecto de Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, en su artículo II–20 declara la igualdad ante la ley de todas las personas; mientras que el artículo II-21 prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, (...) artículo II-23 señala que la igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. Además, se considera que el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado.

[316] FREIXES, "*Las nuevas cláusulas horizontales que la Convención para el futuro de Europa ha introducido a la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea podrían derivar en la pérdida del estatus jurídico de principio. De consolidarse esta configuración en la aprobación definitiva de la Constitución europea, rompiendo con ello toda la tradición jurídica de la igualdad como derecho subjetivo consagrada en el acervo comunitario establecido por el*

Además, en esta relación de interpretación cabe que de realizarse de forma estricta la interpretación de la igualdad de sexos dé como resultado que la no discriminación entre las mujeres y los hombres sea considerada y tratada como principio y no como derecho fundamental. Por consiguiente, de ser calificado como principio bajo estos parámetros se definirá la actuación de los poderes legislativo y ejecutivo en la determinación jurídica de la igualdad de las mujeres y los hombres[317]. En este sentido, desde esta perspectiva, la igualdad de mujeres y hombres sería protegible judicialmente, únicamente, en referencia a su interpretación y control de la legalidad de los actos de los organismos e instituciones de la UE y actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la UE.

En consecuencia, una interpretación estricta de la Constitución europea podría dar lugar a que en relación a la actuación de los órganos judiciales en el control de la normativa de desarrollo no pudiera alegarse, directamente, ante estos Tribunales la igualdad de mujeres y hombres como derecho fundamental.

Este tratamiento supondría como señala la mencionada autora Freixes, " una clara violación del acervo comunitario, consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, a partir de la cual los principios generales del derecho comunitario han sido verdaderos derechos fundamentales alegables como derechos subjetivos ante los órganos judiciales"[318].

En conclusión, la ue ha aprobado medidas jurídicas desde el objetivo de eliminar las situaciones de aislamiento que sufren las mujeres, pues los datos obligan a que la Comunidad y a los Estados miembros se hagan responsables de la eliminación de la discriminación legal y fáctica de las mujeres con una política social comprometida en sus medidas, definiéndose en el propósito de la supresión de aquellas disposiciones que obstaculizan la igualdad de trato de mujeres y hombres. Así como de la adopción de

---

Tribunal de Justicia, nos hallaríamos ante el más flagrante fraude jurídico de toda la historia de la Unión (...)", FREIXES, TERESA, "Las mujeres y la futura Constitución europea", *Op. cit.,* pág. 11.

[317] Artículo II-52.5 "*Las disposiciones de la presente Carta que contengan principios podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones y organismos de la Unión, y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas. Sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos".*

[318] FREIXES, TERESA, "Las mujeres y la futura Constitución europea", *Op. cit*., pág. 12.

medidas para lograr una igualdad real de oportunidades y de resultados, e igualmente, dentro del Estado social como resultado de la búsqueda de un Estado de bienestar en aras de la calidad de vida, el planteamiento necesario de la formulación de este objetivo desde la ineludible intervención estatal, de forma activa, en la vida política y social.

3.2.2.3. La formación del derecho a la seguridad social en el ámbito europeo desde la perspectiva del trato dispensado a las mujeres

En efecto, la igualdad de sexos no tendría plenitud, sino fuera abordada de forma genérica desde todas las perspectivas, y debiendo estar presente en todas las facetas políticas y socioeconómicas para conseguir un cambio de actitudes en la sociedad comunitaria. De esta forma, también se hace alusión a la igualdad de mujeres y hombres en el marco del sistema de la seguridad social y su relación a los distintos ámbitos que puedan interferir en su definición, especialmente, en referencia a las cuestiones presupuestarias.

En consonancia a los objetivos señalados, el progreso económico y social, programado desde la cohesión entre los Estados miembros ha sido afrontado por la Comunidad a través de los propios procedimientos previstos en los Tratados de la Comunidad Europea. Por consiguiente, además de la aproximación de las legislaciones sociales de los Estados miembros, igualmente, se ha establecido un marco jurídico con el objetivo de lograr que las mujeres tengan igualdad de oportunidades en el mercado de trabajo para así alcanzar, "*la equiparación por vía del progreso de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores",* de acuerdo a lo establecido en el antiguo artículo 117 del Tratado de la CEE.

En este orden, y como consecuencia de estos objetivos se celebra la Cumbre de Jefes de Estados sobre el Empleo, en Luxemburgo, durante noviembre de 1997 dando como resultado un compromiso político a favor del equilibrio social europeo. Aunque, debe de señalarse que los principales acuerdos entre los Estado miembros versan sobre la materia de fomento al empleo.

En definitiva, con relación a todo lo descrito, actualmente, los términos de la materia social son regulados por el TCE en su Título XI (antiguo VIII) destinado a la política social, a la educación, a la

formación profesional y a la juventud. En el mismo se concreta el marco social comunitario, al considerar que es una responsabilidad de los Estados miembros el promover medidas y acciones destinadas a la mejora de las condiciones de vida de las mujeres a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso socioeconómico[319]. Es decir, los principios implementados por este Tratado se definen en la búsqueda de alcanzar un alto nivel y calidad de vida desde la cohesión económica y social, así como la solidaridad entre los Estados miembros. Por ello, es preciso mejorar las tasas de empleo y perfeccionar el sistema de seguridad social.

No obstante, a pesar de la voluntad social comunitaria no se olvida que los orígenes de la Comunidad son económicos, y, considera que la dimensión social europea se logrará desde el funcionamiento adecuado y justo del mercado común, aunque para ello sea necesario la armonización y ejecución solidaria de los sistemas sociales.

Por otra parte, en materia de igualdad de oportunidades, el artículo 3 TCE considera que junto con la transposición de la normativa elaborada en el marco de la UE se debe proceder a la necesaria aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados nacionales.

Además, este objetivo social se verá apoyado por los Fondos Sociales Europeos y los Fondos de Cohesión Económica y Social. De igual forma, tal como vemos, el artículo 13.3 prevé que para lograr tales objetivos se podrán establecer medidas de estímulo para la consecución de los objetivos indicados.

En suma, en los términos ya anunciados por los principios de Limburgo de 1986, se considera que los Estados miembros deben de adoptar medidas a favor de la integración social de las mujeres, puesto que la sola eliminación de disposiciones discriminatorias del ordenamiento jurídico no es suficiente para lograr su igualdad con los varones a causa de que las mujeres arrastran una serie de desventajas sociales impuestas por la historia. A la vez que persisten estereotipos sexuales que dificultan la equiparación social entre los sexos, a saber, las mujeres no tienen las mismas oportunidades en el acceso al mercado, ni en su proyección profesional.

---

[319] *DOCE núm. C 325/40, de 24-12-2002*.

En efecto, la garantía de la igualdad de oportunidades para las mujeres ha servido de justificación, en algunos países europeos, para la aprobación de medidas que prohibían que en la solicitud previa a la contratación, la empresa pidiese datos que les pudieran dificultar su acceso al empleo, tal y como sucede durante el estado de gestación. La realidad mostraba que el hecho de que la empresa conociese el posible embarazo de la candidata podría desembocar en una discriminación con respecto de otros candidatos masculinos en el momento de la contratación.

Precisamente, el derecho a la igualdad de trato deberá estar implementado en el sistema de seguridad social, porque el artículo 137 TCE señala que la protección social adecuada se convierte en un objetivo prioritario de la Comunidad en aras de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de toda la ciudadanía y en su lucha contra la exclusión. En consecuencia, la Comunidad debe de apoyar y completar la acción de los Estados miembros en este ámbito.

Sin embargo, de manera más explicita el artículo 141.4 TCE establece que los Estados miembros deberán, en primer término, aspirar a mejorar la situación de las mujeres en la vida laboral. Esto es, el Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución de trabajadores y trabajadoras para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Asimismo, este principio de igualdad de trato será garantizado en todos los asuntos de empleo y de ocupación.

En esta misma línea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000 supone una declaración de los derechos fundamentales de la ciudadanía europea, que quiere tener un significado propio, y ser un paso más y acercarse a la UE en su dimensión social[320]. El capítulo III de la Carta recoge la declaración de igualdad de mujeres y hombres en dos perspectivas, por un lado, igualdad de las mujeres y los hombres en el contenido de la norma; por otro lado, la obligación de la Comunidad y de los Estados miembros de eliminar todo indicio de discriminación para las mujeres, principalmente, en el

[320] OFICINA DE PUBLICACIONES DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Luxemburgo, 2000. La Carta de Derechos Fundamentales de la UE distingue cinco capítulos, dignidad, libertad, igualdad, solidaridad (que se recoge derechos económicos y sociales, con condiciones justas equitativas de ciudadanía y participación política), y justicia. Así, el artículo 23 de la Carta da un paso adelante al afirmar que la igualdad no impide mantener medidas que den ofertas ventajosas para el sexo menos representado. De acuerdo con el principio de solidaridad, el artículo 33 establece la ya conocida conciliación entre la vida familiar y laboral. *DOCE núm. C 364, de 18-12-2000*.

marco social. Al mismo tiempo, esta Carta de Derechos Fundamentales consolida en el artículo 32 como derechos fundamentales, el derecho a la protección social, así como el derecho fundamental de las mujeres a la protección social durante el ejercicio de la maternidad.

Si bien, con el objeto de lograr la ratificación de este texto por parte de los Estados miembros se limita su contenido dando como resultado un texto meramente declarativo. Además, en su contra se muestra el haber sido aprobado por una Convención y no por una Conferencia Intergubernamental; con un dato curioso, pues la Convención estaba formada por 62 personas, de los cuales solamente 14 miembros eran mujeres, y estas mujeres sólo cinco eran miembros permanentes.

No obstante, el Protocolo XII del Consejo de Ministros de la Convención Europea, para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, de 26 de junio de 2000 muestra la voluntad de la UE de garantizar la igualdad de las mujeres con los hombres en el marco europeo. En este Protocolo se prevé la prohibición de la discriminación de género en todas las materias de la vida socioeconómica. De esta forma, se comprometían los Estados miembros en eliminar aquellas brechas jurídicas que continuaban menoscabando los derechos sociales de las mujeres. Por ello, se considera que es preciso que la garantía de este derecho fundamental suponga una protección judicialmente, e incluso se invoca a la labor que debería realizar sobre esta materia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Posteriormente, el Tratado de Niza desinfla las expectativas sobre la materia social por la inercia de determinados países a perder rasgos propios de su legislación. Es el marco para la ampliación de la UE, firmado el 26 de febrero del 2001, que entró en vigor el 1 de febrero del 2003[321]. De esa forma, es un documento que apenas supone aportación al marco de los derechos sociales, así como no se traduce en ningún avance sobre la cuestión femenina. No obstante, se recoge el compromiso de crear, con la coordinación de la Comisión, foros de intercambio de informaciones, experiencias y análisis de la evolución de los sistemas de seguridad social entre los Estados miembros.

[321] *DOCE núm. C 80/01, de 26-02-2001*.

En definitiva, la Comunidad en materia social se muestra precavida y temerosa de los intereses soberanistas, por ello, todas las medidas sociales deben de evitar que puedan dar lugar a la creencia de los Estados miembros de que las normas comunitarias se conviertan en una amenaza a su soberanía nacional.

En esta línea, la normativa social y económica de la UE no podrá afectar a los principios fundamentales que rigen las políticas nacionales de los Estados miembros. Concretamente, la transposición de la normativa comunitaria en materia del sistema de la seguridad social respetará las reglas de competitividad de los mercados. Además, el contenido de sus prestaciones sociales no deberá inquietar el equilibrio financiero del mismo, e, igualmente, no se impedirá a los Estados miembros que mantengan o incorporen medidas más vanguardistas de protección social. Este postulado lo aportó Dinamarca al considerar que sus medidas sociales de protección eran más avanzadas que las establecidas por la Comunidad y a las que no estaba dispuesta a renunciar.

Por otra parte, en materia, tanto laboral como de seguridad social la aproximación de las políticas y legislación de los Estados miembros se ha abordado a través de las Directivas. Esta técnica normativa es utilizada para aproximar las legislaciones, ya que la viabilidad de la protección de los derechos sociales exige que su desarrollo, temporal y material, tenga en cuenta las peculiaridades de los países. Es decir, la Directiva es una norma que obliga al Estado, pero le deja libertad para elegir los medios precisos para lograr su aplicabilidad[322]. No obstante, la Directiva tendrá efecto directo como señala el tje, esto es, cuando sus disposiciones sean "incondicionales y suficientemente precisas" (stje 12 de julio de 1990, Caso 43/89, Foster c. British Gas)[323].

Asimismo, en el supuesto de precisar adaptación por parte de la legislación interna se le otorga un plazo que en el caso de no respetarse supone, en primer término, que es de plena aplicación esa

[322] Las características diferentes de los Estados miembros reclaman un período para que se incorporen a sus respectivos ordenamientos jurídicos adecuándose a los medios de cada país, así se lo ha reseñado el TJE: STJE de 30 de enero de 1985, Caso 143/83, *Comisión de las Comunidades Europeas c. el Reino de Dinamarca*, (Rec. p.427) y la STJE de 25 de septiembre de 1991, Caso 208/90, *Theresa Emmott c. Ministre For Social Welfare y Attorney General*. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[323] MONTOYA MELGAR, ALFREDO Y GALIANA MORENO, JESÚS M. Y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, *Derecho social europeo*, *Op. cit.*, pág. 39.

Directiva y, por consiguiente, debe de ser aplicada por los jueces nacionales sin que se tenga que esperar a que se produzca la actuación legislativa. Así, se ha considerado en STJE de 7 de febrero de 1991, en el Caso 184/89, *Nimz c. Ciudad de Hamburgo* (Rec. 1991, p.I -297). En segundo término, da lugar a la responsabilidad del Estado que no ha cumplido con la obligación de su desarrollo como se ha considerado en la STJE de 19 de noviembre 1991, en el Caso 16/90, *Francovich c. República Italiana* (Rec.1991, p.I -5357).

Por lo descrito, el desarrollo normativo por parte de los Estados miembros de estas Directivas exige que en ocasiones se deba dar lugar a una regulación jurídica con efectos retroactivos, especialmente, en aquellos supuestos que son referidos a la aplicabilidad de la igualdad de sexos, pues de lo contrario supondría que perviviesen situaciones de desigualdad de género en el actual espacio social europeo[324].

La stje de 28 de septiembre de 1999, Caso 187/98, Comisiones Europeas c. República Helénica consideró que la República Helénica había incumplido con las obligaciones impuestas por el antiguo artículo 119 del tce y la Directiva 75/117/CEE con relación al artículo 4.1 de la Directiva 79/7/CEE[325]; puesto que no se habían adoptado medidas de carácter retroactivo en relación con aquellas situaciones reguladas por anteriores normativas, que conculcaban el principio de la igualdad de las mujeres y los hombres. De forma que se consideraba que el principio de igualdad de sexos era un principio perpetuo y universal en su aplicación.

[324] Consúltese STJE de 13 de julio de 2000, Caso 166/99, *Defreynne c. Sabena S.A.*

[325] Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975. *DOCE núm. L 045, de 19-02-1975.* Así, la sentencia señala: "*La República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 119 del Tratado CE - los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE -, del artículo 3 de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos, y del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, al no haber suprimido, con efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor en Grecia de dichas disposiciones del Derecho comunitario, las normas que, para la concesión a los trabajadores de prestaciones familiares o de la asignación por matrimonio, computadas para determinar el importe de las retribuciones que dan derecho a pensión, imponen a las trabajadoras casadas requisitos especiales que no imponen a los trabajadores de sexo masculino casados*".

El asunto se planteaba con relación a la concesión de prestaciones familiares o asignaciones por matrimonio, en tanto la normativa griega exigía requisitos especiales para el reconocimiento de estas prestaciones a las mujeres que no eran precisados en el caso de que el solicitante fuese un hombre. La normativa griega eliminaba esta diferencia de condicionamientos por sexo con fecha 1 de enero de 1989, pero no contemplaba en su regulación medidas para solventar las situaciones donde las mujeres habían visto denegado su derecho a estas prestaciones por la exigencia del citado requisito discriminatorio.

En esta misma línea, tal como indicamos, el tje señaló que la normativa griega debía haber establecido medidas con carácter retroactivo. Por ello, responde considerando que, "La República Helénica ha incumplido las obligaciones (...) al no haber suprimido, con efectos retroactivos a la fecha de entrada en vigor en Grecia de dichas disposiciones del Derecho comunitario, las normas que, para la concesión a los trabajadores de prestaciones familiares o de la asignación por matrimonio, computadas para determinar el importe de las retribuciones que dan derecho a pensión, imponen a las trabajadoras casadas requisitos especiales que no imponen a los trabajadores de sexo masculino casados".

En suma, la defensa de la igualdad de mujeres y hombres requiere que la aplicación de la normativa social sea conforme a este derecho fundamental, y, además, se proceda a la regulación de la protección jurídica con carácter retroactivo en aquellos casos en los que puedan pervivir los efectos de una norma discriminatoria para los derechos sociales de las mujeres europeas.

Por otra parte, en materia de desarrollo normativo de las Directivas se ha permitido que en el ámbito de la negociación colectiva se desarrolle el contenido de una Directiva. De este modo se ha intensificado la utilización de los Convenios Colectivos para el desarrollo de la normativa comunitaria. Sin embargo, el tje ha indicado que no se puede dejar sin el control de los poderes públicos este desarrollo de las Directivas en el marco convencional. De tal forma que se deben de implementar mecanismos de garantía en el desarrollo y ejecución que de las Directivas efectúen los agentes sociales, porque las

Directivas afectan a todo el ordenamiento jurídico, sea cual sea su naturaleza, efectividad y la determinación de su contenido[326].

En esta línea, con la participación de los representantes de los trabajadores/as a través del fomento al diálogo social se quiere, desde la UE, que se responsabilicen todos los actores sociales y económicos comunitarios en la consecución de los objetivos sociales como vía para garantizar el respeto a los acuerdos adoptados.

Por eso, se crean los Comités de Empresa en el ámbito de la UE con la función de trazar medidas que favorezcan, con independencia de su ámbito territorial y desde la negociación colectiva, la adopción de instrumentos para que las mujeres puedan disfrutar de su derecho al trabajo y a la protección dispensada por el sistema de la seguridad social. Pero, principalmente, se considera que es el ámbito más adecuado para la aprobación de medidas que permitan compatibilizar la vida profesional de las mujeres sin renunciar a su capacidad de ser madres.

Dicho de otra manera, esta participación del marco convencional se determina para garantizar que el sistema de la seguridad social se convierta, también en un derecho para las mujeres al que puedan acceder en igualdad de condiciones que los hombres. De ahí, que no sólo se autorice, sino que se estimule que se adopten una panoplia de medidas destinadas a que, desde el Convenio Colectivo, las mujeres puedan compatibilizar su vida personal y familiar sin ver menoscabados sus derechos sociales por el hecho de ser mujeres o ejercer su capacidad de ser madres.

En este mismo sentido, se crean Comités integrados por agentes sociales y económicos, especializados en esta materia que asesorarán en la elaboración de programas públicos de acción social para garantizar el acceso de las mujeres al ejercicio del derecho del trabajo, y en la formulación del derecho a la seguridad social de las mujeres planteado en igualdad de oportunidades que los varones.

[326] Sobre los controles que deben desarrollar los poderes públicos de los Estados miembros sobre el desarrollo de las Directivas por parte de los agentes sociales se ha pronunciado el TJE en los siguientes asuntos: STJE de 8 de noviembre de 1983, Caso 165/82, *Comisión c. Reino Unido* (Rec. 1984, p.459); STJE de 25 de octubre de 1988, Caso 312/86, *Comisión c. Francia*, (Rec. 1988, p. I-6315).

En definitiva, se hace una invocación a la responsabilidad de los Estados miembros y de la propia Comunidad para implementar una protección jurídica adecuada a las mujeres dentro del Derecho Social Comunitario. A la par que se debe de incentivar desde las distintas áreas la participación de los poderes fácticos económicos y sociales, al ser el diálogo social la vía para involucrar a todos los sectores socioeconómicos en ese objetivo social de dimensión europea.

En esta misma medida de corresponsabilidad, la Decisión 82/43/CEE, de 9 de diciembre de 1981 consideró que era necesario contar para la consecución de los objetivos sociales con el asesoramiento y ayuda de las instituciones y organismos nacionales que desde la coordinación permitan acciones efectivas sobre la igualdad de trato[327]. De este modo se crea como adjunto a la Comisión, el Comité Consultivo de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres con funciones de orientación a la Comisión en política de empleo femenino y de igualdad de oportunidades. Así como el intercambio continúo de experiencias sobre este tema pudiendo emitir informes e dictámenes a la Comisión.

Precisamente, en el marco competencial de este Comité se aprueban las estrategias para la creación de empleo en 1999 acordadas juntamente con el Consejo de Asuntos Sociales. De esa manera, tendrán como objetivo principal lograr una igualdad de oportunidades entre los sexos, aunque estas intenciones ya fueron expresadas, anteriormente, por el Consejo Europeo de Essen en 1994. Este Comité tiene la clara función de lograr la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo por considerarla que es básica para que se pueda hablar de igualdad de mujeres y hombres.

Dentro de este contexto institucional de participación, además, se crea una estructura institucional efectiva, la Comisión de Derechos de la Mujer, Lobby Europeo de Mujeres (EWL), con más de 2.700 organizaciones de todo el territorio de la UE, y con el apoyo de la propia comunidad, sirviendo de enlace entre las organizaciones de mujeres de toda Europa y las instituciones europeas que se ocupan de la igualdad de sexos.

[327] *DOCE núm. L. 20/35, de 28-1-1982*

En suma, en la ue hay una clara política, casi siempre, de lograr la igualdad de mujeres y hombres. Así comprometidos en este fin social, el Consejo Europeo y el Comité de Dirección para la igualdad de hombres y mujeres desarrolla una labor a través de la promoción, estímulo y de las campañas de sensibilización sobre la cuestión femenina como un problema que afecta a todos los europeos, y no sólo a las mujeres europeas. En consecuencia, se considera que debe de establecerse un marco de actuación comunitaria que permita integrar la cuestión social femenina en todas las esferas de la ue, y de esta forma, se ayude a alcanzar el objetivo de eliminar las desigualdades sociales entre las mujeres y los hombres.

Por otra parte, a pesar de los logros en el marco normativo, sin embargo, la realidad ensombrece estos avances. Vale decir que el 70% de las mujeres europeas viven económicamente en inferioridad de condiciones que los hombres europeos, e, igualmente, son las principales afectadas por la economía sumergida y crisis económica mundial[328].

Los datos señalan que el 10% de las mujeres está en un nivel de pobreza frente al 8% de los hombres. Cuando el sexo se combina con otros factores surgen mayores diferencias, por ejemplo, entre los hogares unipersonales, el 24% de las mujeres, comparado con el 19% de los hombres corren el riesgo de pobreza, un riesgo que en el caso de las familias monoparentales, formadas principalmente por mujeres ronda el 38%"[329]. La situación de desventaja de las mujeres se observa en los datos sobre el paro, ello a pesar de que las mujeres son el 50% y el 60% de la población edad de trabajar. Estos datos

[328] Informe de la Comisión, de 5 de marzo de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea, 2002", [COM (2003) 98 final- no publicada en el Diario Oficial]. De esta manera, este Informe considera se debe procede a la transposición de las nueve Directivas. El proceso de adecuación al acervo está muy avanzado en la mayoría de los países en vías de adhesión, en especial en Chipre, la República Checa, Letonia, Lituania, Hungría, Eslovaquia y Eslovenia. Seguirá cooperándose con Bulgaria y Rumania, que han realizado importantes progresos en la adecuación a la legislación comunitaria. La transposición de la legislación, por sí sola, no basta. Es esencial la aplicación de estructuras institucionales y administrativas adecuadas, tales como organismos encargados de las cuestiones de igualdad, defensores del pueblo y estructuras capaces de proporcionar un asesoramiento independiente. Algunos países, como la República Checa, Hungría, Letonia, Lituania, Eslovenia y Polonia ya han aplicado este tipo de estructura. Sin embargo, en Chipre y Malta habría que reforzar las capacidades administrativas necesarias para la transposición del acervo. www.europa.eu.int

[329] El Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, sobre *"Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones sobre inmigración, integración y empleo*", de 10 de diciembre de 2003.

muestran una mayor tasa de desempleo femenino, además, de ser las mujeres, en mayor número, titulares de contratos temporales y de menores remuneraciones[330].

En efecto, en el análisis de los datos sobre la tasa de paro en la ue por sexo se puede apreciar que las mujeres sufren mayor índice de desempleo, aunque se debe advertir que no en todos los países comunitarios es igual[331]. De tal manera que la situación en Alemania, Irlanda, Países Bajos, Austria, Finlandia, Suecia y Reino Unido muestra que la tasa de paro es más elevada la de los hombres que la tasa de las mujeres, sin embargo, las diferencias son escasas entre ambos colectivos, apenas son perceptibles. Mientras en las tradicionales culturas mediterráneas, el índice de paro es mayor el de las mujeres, especialmente, es destacable el dato de Grecia y de España. En estos Estados, las trabajadoras están claramente discriminadas con respecto de los trabajadores al ostentar mayores porcentajes de desempleo.

En España, se puede observar que el desempleo está muy por encima de la media europea, de tal modo que en el caso de las mujeres españolas desempleadas llega a ser el doble de la tasa de paro femenino establecida como media comunitaria. Por el contrario, en el desempleo masculino español, las diferencias con la media de Europa no llegan a ser ni siquiera de un punto porcentual[332]. De esta forma, el desempleo acepta a las mujeres un 1,74% más que la tasa registrada por los hombres; pero esta tasa es todavía mayor en el caso de España donde hay una mayor diferencia en la tasa de desempleo de las mujeres en comparación con la de los hombres, siendo superior la femenina en un 8,59%. En situación inversa, la tasa de desempleo femenino es inferior a la masculina en Alemania, Irlanda, Suecia, Países Bajos, Austria y en Reino Unido que se cifra en el 12,37%.

---

[330] Con respecto al desempleo femenino un estudio comparativo de la Unión Europea, referidas las tasas de desempleo a la población en edad laboral, considerando como tal la de 15 años y más, posicionan a España como el país con mayores diferencias entre el empleo masculino y femenino, más de siete puntos por encima de la media europea, aunque en cuanto a las diferencias salariales a pesar de la discriminación que sufre la mujer se sitúa en dos puntos por debajo de la media europea. Fuente: Elaboración propia del Instituto de la mujer a partir del Anuario de Estadísticas Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

[331] Diferencias entre hombres y mujeres en cuanto al empleo - por porcentajes -. Las tasas están referidas a población en edad laboral, considerando como tal la de 15 años y más. Fuente: Elaboración propia del Instituto de la mujer a partir del Anuario de Estadísticas Laborales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

[332] Fuente: Instituto de la Mujer. www.mtas.es/mujer/mcifras/htm

La tasa de ocupación en la ue, durante el 2002, es claramente favorable a los hombres. En el caso de España, nuevamente, las diferencias entre el empleo femenino y masculino son negativas para las mujeres en un 26,3%, seguido del 25,3% en Italia. Siendo la menor diferencia la de Suecia y Finlandia, que muestran una situación más favorable a las mujeres que desean trabajar. Nuevamente en España, los datos se muestran alejados de la media europea en el empleo en general y en particular en el trabajo femenino, llegando a ser la tasa de ocupación femenina casi diez puntos por debajo de la media europea.

Asimismo, sobre la relación de las mujeres y el sistema de seguridad social, debe de señalarse lo recogido por el Informe de la Comisión, de 5 de marzo de 2003, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Informe anual sobre la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en la Unión Europea en 2002"[333]. De esta manera, este Informe considera que debido a que la mayor parte de los regímenes de pensiones fueron tradicionalmente diseñados para los hombres como cabezas de familia, y trabajadores a tiempo completo y sin interrupciones en su carrera profesional, pese a que la mayoría de las personas mayores son mujeres, son criterios que han supuesto que en muchos países el nivel medio de las pensiones de las mujeres siga siendo considerablemente inferior al de los hombres. Sin embargo, se ha puesto de manifiesto que los Estados miembros están adaptando gradualmente medidas correctoras en sus sistemas adecuándose "al cambiante papel social y económico de las mujeres y de los hombres. Sólo resta que los efectos de dichas adaptaciones duren el tiempo necesario".

En síntesis, a la Comunidad le corresponde realizar una política orientada al cumplimiento de sus obligaciones sociales emanadas de la Constitución Europea. Así, en la misma se considera que la Unión debe de adoptar medidas jurídicas para alcanzar un desarrollo sostenible en Europa que esté basado en un crecimiento equilibrado económico y social, también en la respuesta a una economía altamente competitiva que busca el pleno empleo y el progreso económico y social. En este mismo orden, a la ue le corresponde combatir la marginación social de las mujeres enfrentándose a la discriminación que sufren las mujeres, a la par que fomentará la justicia social para cuyo logro se implementará una política social

[333] *[COM (2003) 98 final- no publicada en el Diario Oficial]*.

en la que será pieza esencial el sistema de protección social, como instrumento de solidaridad para alcanzar el bienestar en el Europa social.

3.3. PROTECCIÓN NORMATIVA Y JUDICIAL COMUNITARIA DE LA IGUALDAD DE ACCESO AL TRABAJO Y CONDICIONES LABORALES

3.3.1. Hacia una igualdad real: la acción positiva en la unión europea

Con relación a este tema, en primer lugar, se debe aducir que su justificación se encuentra en la propia realidad de las mujeres que muestra que, aunque, las normas jurídicas existentes sobre igualdad de trato de mujeres y hombres tienen por objeto garantizar los derechos sociales a las mujeres, sin embargo, son insuficientes para eliminar toda forma de desigualdad de hecho[334]. Es decir, siendo importante la aproximación de las disposiciones jurídicas de los distintos Estados miembros, también se señala la necesidad de que paralelamente se emprendan acciones por parte de Gobiernos y de los interlocutores sociales, así como otros organismos competentes.

Estas acciones serían diseñadas para compensar los efectos perjudiciales que resultan para las mujeres en activo por la persistencia de tradicionales roles y de actitudes que influyen en el comportamiento y en la estructura de la sociedad obstaculizando las carreras profesionales de las mujeres[335].

---

[334] En el ámbito internacional se hace presente, también, la necesidad de medidas más allá del marco normativo destinado a la efectividad del principio de igualdad de sexos, esto es, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, ratificada por España, en el artículo 4.1 señala que *"La adopción por los Estados partes de medidas temporales especiales con el fin de acelerar la instauración de una igualdad de hecho entre hombre y mujer, no estando considerada como un acto de discriminación tal como se define en la presente Convención, no debe, en modo alguno, tener como consecuencia el mantenimiento de normas de desigualdad o segregación; estas medidas deben ser suprimidas a partir del momento en que los objetivos de igualdad de oportunidades y de trato se alcancen".* En esta necesidad de medidas expresas, la Plataforma de la Acción sobre la igualdad entre los sexos, aprobada en la cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer - Pekín 1995 - considera una responsabilidad de los gobiernos y los demás agentes, el desarrollo de programas de acción positiva.

[335] VVAA., *La igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

De esa forma, la igualdad de mujeres y hombres en todas las facetas públicas y privadas como señala FREIXES, es un *"elemento estructural de la política social de la Unión Europea y de los Estados miembros"*[336].

En segundo lugar, este objetivo se encuentra en el reconocimiento formal, que efectúa su concreción jurídica comunitaria a tenor del antiguo artículo 119 Tratado de Roma, pero la realidad de las mujeres ha demostrado que es insuficiente esta garantía formal si no se acompaña de la adopción de medidas de acción positiva.

Al propio tiempo, la Recomendación del Consejo del 13 de diciembre de 1984, 84/635/CEE, sobre la promoción de la acción positiva hacia las mujeres exhorta la adopción de un conjunto de herramientas para eliminar las desigualdades, y, considera que se deben de promover medidas para el equilibrio entre sexos en el mercado de trabajo a la par que se debe de estimular la participación de las mujeres en los diferentes contextos públicos y privados. Estas cuestiones fueron señaladas por el Consejo de Europa de Viena, de 11 y 12 de diciembre de 1998, que, además, recordó de su necesario traslado a las distintas esferas privadas y públicas.

Precisamente, el artículo 13.2 TCE determina que es irrefutable la adopción de medidas comunitarias de estímulo que complementen a las adoptadas por los Estados miembros con el fin de contribuir a la consecución de la igualdad de mujeres y hombres[337]. Asimismo, el artículo 141.3 indica la necesidad de la aprobación de medidas destinadas a que las mujeres accedan a los puestos de trabajo donde estén menos representadas, o bien, diseñadas para evitar los obstáculos que por razón de su sexo puedan tener las mujeres en sus carreras profesionales. Por eso, se formulan las acciones positivas

[336] FREIXES SANJUÁN, T., "La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea". En el volumen colectivo *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, págs. 54-55.

[337] MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES, "Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 12-13, II semestre 2003, I semestre 2004, págs. 321-349.

como instrumentos fundamentales con el objeto de lograr la igualdad real de las mujeres y los hombres[338].

En este mismo orden, el artículo 141.3 del TUE prevé que el Consejo, según el procedimiento de codecisión, decidirá las medidas a fin de garantizar la aplicación del principio de la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de ocupación. Por último, el nuevo apartado 4 de este artículo permite a los Estados miembros adoptar y mantener medidas de acción positiva para promover la incorporación laboral en determinados sectores donde cualquier colectivo, masculino o femenino, ostente una menor representación en materia de carrera profesional.

En este sentido, las acciones una vez definidas y justificadas en su extensión deben ser concretadas en su contenido. De ese modo, el Consejo del día 27 de noviembre del 2000,- en orden al artículo 118 y 119 y en la actualidad artículos 140 y 141.4 del Tratado de la Unión - a propuesta de la Comisión y visto el dictamen del Parlamento Europeo, y habiendo consultado al Comité Económico y Social y al Comité de Regiones, considera que para dar contenido a los programas de acción positiva se debe de utilizar como parámetros los principios de la libertad, democracia, así como el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, que son comunes a todos los Estados miembros[339].

El procedimiento para aprobar estas medidas de acción positiva será desarrollado de acuerdo a lo previsto en el artículo 251 tce, de tal manera que la Comisión presentará una propuesta al Parlamento Europeo y al Consejo; el Consejo decidirá por mayoría cualificada previo dictamen del Parlamento Europeo. De tal modo que se utiliza en el diseño de estos instrumentos positivos europeos informes, quejas y actuaciones del Comité de Derechos Sociales[340].

---

338 PÉREZ, DEL RÍO, TERESA, *Concepto de discriminación directa e indirecta. La acción positiva.* En VVAA., *La igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

339 Todas las personas tienen derecho a un recurso efectivo, ante el órgano jurisdiccional competente contra aquellos actos que en su opinión vaya en contra de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, prevista por la Directiva 76/207/CEE. Siendo de fundamento jurídico en las STJE de 15 de mayo de 1986, Caso 222/84, *Johnston,* puesto que se considera que se debe respetar el principio de la proporcionalidad de las medidas de acción positiva, a la vez que se señala que la aplicación de esta Directiva es directa. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

340 Para este apartado hemos seguido la obra MARTÍN VIDA, sobre medidas positivas de los Estados miembros europeos nos aproxima a las diferentes realidades y opciones políticas de los Estados miembros. Sin embargo,

En este sentido, estas medidas se hacen lícitas por la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre sobre la regulación de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación[341]. Esta Directiva reconoce que las mujeres son víctimas de múltiples discriminaciones en el marco laboral, por lo que se deben acordar disposiciones para su integración económica y social en términos adecuados, y con la consiguiente coordinación de las políticas de formación y empleo entre los países comunitarios. Asimismo, se faculta a los órganos judiciales a intervenir a los efectos de garantizar los derechos sociales de las mujeres[342].

---

nuestro interés se centra en cuanto a que la necesidad de estas medidas está desembocando, incluso en reformas constitucionales. Es decir, en Alemania se reforma en octubre de 1994, la Ley Fundamental de Bonn con el fin de añadir un inciso en el artículo 3.2 por el cual no sólo se admitían las posibles medidas positivas, sino que además se convertían en una obligación para los poderes públicos en aras de eliminar los obstáculos que impedían la efectiva igualdad entre los hombres y las mujeres, y con ese fin deben promoverse acciones públicas a la par que se mantiene el mandato de paridad por cuanto, ambas acciones logran la armonización de las relaciones sociales para alcanzar una "*realidad fáctica de la igualdad de trato entre hombres y mujeres*". En esta medida, desde la Ley de 2001 se considera obligación promover en todos los sectores la contratación con carácter preferente de mujeres. Por su parte, la reforma constitucional se ha llevado a cabo en Bélgica, en febrero de 2002, añadiendo la igualdad en el acceso al empleo, pero con la posibilidad de excepciones en la ley para casos particulares; de esta forma, el sector público está obligado a desarrollar un plan de igualdad de oportunidades. Vinculación finalista que, también, está presente en la Ley Constitucional sueca de 1975, de igual manera, en la Ley Constitucional finlandesa de 1995, y en la Ley Constitucional Federal de Austria reformada en 1998 que señalan la constitucionalidad de las medidas positivas previstas eliminar las desigualdades de género, en este caso, se deberá promover la representación femenina en las Administraciones públicas de hasta un 40%. Además, Francia considera que el poder legislativo puede regular de modo diferente situaciones laborales siempre que esta medida esté relacionada con el fin perseguido. Asimismo, el Reino Unido acepta medidas con carácter excepcional en una interpretación restrictiva considerándose que la regla general debe ser el principio de igualdad. Italia en 1977, dicta una norma sobre la paridad de tratamiento entre hombres y mujeres en materia de trabajo dentro de un concepto formal y sin un soporte institucional adecuado diferente a la Ley de 1991, que valora lo específicamente, femenino y a con estas diferencias se establece define la posibilidad de obtener la igualdad de oportunidades. Sin embargo, Grecia no permite ninguna excepción al principio de igualdad, mientras que Luxemburgo no se ha producido tal reforma constitucional, aunque está prevista la misma en la línea marcada por los otros países de la Unión Europea. Irlanda del Norte no admite medidas positivas favorables a la igualdad de género, aunque se establece desde 1974 que no debe de existir discriminación por razón de sexo en materia de salarios. En los Países Bajos, pero no existe alusión constitucional sobre la obligación de los poderes públicos sobre las medidas acciones positivas es de aplicación medidas al objeto de alcanzar igualdad de trato entre los hombres y las mujeres siempre que sean unas medidas razonables. Dinamarca con la Ley de igualdad de género de 30 de mayo de 2000 autoriza la puesta en marcha de medidas encaminadas a promover la igualdad de género, MARTÍN VIDA, MARÍA ÁNGELES, "M*odelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la unión europea*", UNED, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 12-13, II semestre 2003- I semestre 2004, págs. 321-349.

[341] 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. *DOCE núm. L 303, de 02-12-2000*.

[342] Para esta consultar sentencia de 26 de octubre 1983, Caso, 163/82, *Comisión c. Italia,* sentencia de 10 de abril de 1984, Caso 14/83, *von Colson,* sentencia de 12 de julio de 1984, Caso 184/83, *Hofman,* sentencia de 30 de junio de 1988, Caso 318/86, *Comisión c. Francia,* sentencia de 25 de octubre de 1988, Caso 188/89, *Foster,* sentencia de 8 de noviembre de 1990, Caso 179/88, *Handels,* sentencia de 25 de julio de 1991, Caso 345/89, *Stoeckel*, sentencia de 2 de agosto de 1993, Caso 158/91, *Ministerio de Público y otros,* sentencia de 14 de julio de 1994, Caso 32/93,

La mencionada Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre considera de acuerdo al artículo 2.4, en el marco del artículo 141.4 de Tratado, que se podrán adoptar medidas para garantizar la efectiva plena igualdad entre los hombres y las mujeres en el mercado de trabajo. Esta disposición consagra la adopción de medidas de acción positiva con el fin último de promover la equiparación de los sexos con el objeto de permitir la incorporación de las mujeres al progreso de las condiciones de vida y trabajo. No obstante, se considera que estas medidas no pueden que engendrarse en valores paternalistas que consideran a las mujeres objetos de especiales cuidados justificados por razón de su sexo, porque esta situación podría desembocar en una discriminación indirecta de los derechos sociales de las mujeres.

La Directiva 2002/73/CE apunta, además, a la posibilidad de designar organismos responsables de la promoción, el análisis, seguimiento y apoyo a la igualdad de trato, entre cuyas competencias se señalan la de prestar asistencia independiente a las víctimas de discriminación a la hora de tramitar sus reclamaciones por discriminación, realizar y publicar estudios independientes sobre la discriminación y formular recomendaciones sobre cualquier cuestión relacionada con ésta. En el ámbito europeo se ha creado recientemente el Instituto Europeo para la Igualdad de Género, que comenzará a funcionar en 2007, con la misión de apoyar a los Estados miembros en la promoción de la igualdad de hombres y mujeres, y de producir y divulgar información sobre esta materia[343].

En suma, se reconoce que las medidas de las acciones positivas no sólo de la Comunidad, sino de los Estados miembros pretenden facilitar a las mujeres su acceso al mercado de trabajo. La acción positiva será un instrumento jurídico de carácter temporal con la prórroga de sus efectos hasta el momento en que las trabajadoras puedan competir en igualdad de condiciones que los hombres, sin verse afectadas por el determinismo biológico.

Carole Louisse Webb, sentencia de 5 de mayo de 1994, Caso 421/92, *Habermann-Beltermann,* sentencia de 3 de febrero de 1994, Caso 13/93, *Office National de l'emploi*.
www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[343] El "*Informe sobre la igualdad entre mujeres y hombres, 2005",* de la Comisión Europea reitera la necesidad de garantizar una correcta y rápida aplicación de la Directiva 2002/73/CE, así como de reforzar los mecanismos nacionales de igualdad de mujeres y hombres. Entre sus conclusiones anima asimismo a continuar la cooperación con los interlocutores sociales para evitar la segregación por razón de sexo en el mercado laboral y reducir las diferencias salariales entre hombres y mujeres, especialmente por lo que respecta a las inmigrantes.

En consecuencia, que no se vean obligadas al desempeño de trabajos secundarios, de inferior cualificación y con menor retribución. Igualmente, se considera que son precisas las medidas de acción positiva con el fin de garantizar la igualdad de trato cuando las mujeres sean madres, pues las mujeres son instigadas a que sean ellas quienes renuncien a su carrera profesional en favor del cuidado del hijo/a o de la familia. Debiendo establecer normativa que socialice esta premisa, y evite que las mujeres asuman en solitario la carga social que puede suponer esta natural diferencia. Asimismo con estas medidas de acción positiva se pretende dar una oportunidad a las mujeres que desean desarrollarse profesionalmente, y no aceptan el rol de plena dedicación a las tareas del hogar y cuidado de la familia, concienciando a la sociedad y al sector empresarial que el ser trabajadora y madre no supone mayor absentismo laboral, ni mayores costes sociales que los de un hombre.

De ese modo debe ser considerada como acción positiva aquella que facilita el progreso socioeconómico, también para las mujeres. De esa manera, se tratará de poner fin a la situación que sufren las mujeres derivada de la actitud y comportamiento prejuicioso contra el trabajo femenino, reduciendo las desigualdades de hecho que la praxis social nos muestra.

Sin embargo, la UE actuará respetando dos puntos principalmente, por un lado, las medidas alcistas de protección ya existentes en algunos países. Por otro lado, que todo programa de acción positiva sea respetuoso con la financiación y equilibrio económico de las empresas. De tal modo, que en el marco comunitario se pretende la protección al derecho a la igualdad de las mujeres y los hombres en el orden social sin alterar el respeto a los intereses empresariales.

De esa forma, se justifica la necesidad de las “cuotas femeninas” en el mercado de trabajo no como la “única solución”, sino como una medida temporal y necesaria mientras no se hable de equiparación de género. La pretensión no es que la situación se perpetúe en el tiempo, sino que sean el instrumento necesario ante una realidad que muestra que las mujeres continúan sufriendo desventajas sociales por razón de su sexo.

Por otra parte, dentro de este marco se aprueba el Programa de Acción Comunitario para luchar contra la discriminación de sexo que tendrá una vigencia temporal desde el 2001 al 2005[344]. Este programa enarbola una política de igualdad de mujeres y hombres que pretende eliminar las barreras existentes para las mujeres en materia social, e incentivar su activa participación en la toma de decisiones de organismos de diversa índole. Así como fomentar el desarrollo de una política de igualdad de sexos a través de la sensibilización social, para lo que se hace preciso la coordinación entre los distintos Estados miembros.

Dicho de otra manera, en este Proyecto Europeo se aprecia que la acción comunitaria tiene como objetivo incorporar a las mujeres en el mercado de trabajo con plena efectividad del principio de igualdad de género. Por eso, se promoverán y difundirán valores y prácticas basadas en la igualdad de mujeres y hombres a la vez que se adoptarán acciones para mejorar la capacitación profesional de las mujeres.

A este mismo respecto, el actual Plan de Acción Positiva Europeo tiene una vigencia desde el 2000 al 2006[345]. Este Plan pretende ser el frontispicio de la política de empleo, social y económica basando su efectividad en el buen funcionamiento de la economía planteado desde la cohesión económica y social; financiado con cargo de los Fondos Estructurales. En este sentido, la política de igualdad de mujeres y hombres obedece a la integración de la dimensión de género en todas las operaciones financiadas por estos Fondos. Así, el Fondo Social Europeo es el principal instrumento de apoyo financiero de la Comunidad en su estrategia social dirigida a reducir las desigualdades de género.

En este sentido, el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la *"Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones* señala que la integración de la perspectiva de género ha resultado ser más difícil de aplicar en algunos de los Fondos

[344] Decisión 2001/51/CE, sobre el programa de acción comunitaria sobre la estrategia comunitaria en materia de igualdad de hombres y mujeres. DOCE núm. L 17, de 19-01-2001, pág.22. La Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo Económico y Social y Consejo de Regiones. Hacía una estrategia marco comunitaria sobre la igualdad entre los hombres y las mujeres, COM 2000/335 final (no publicada en el DOCE).
[345] dirección general de presupuestos y fondos comunitarios. Normativa: Fondos europeos, 2000-2006: Fondos estructurales y Fondo de cohesión, Valladolid, 2001.

Estructurales como son el de los transportes, el medio ambiente o el desarrollo rural[346]. Respecto a las mejoras destinadas a promover la igualdad de género a través de los Fondos Estructurales considera, que es necesario señalar que en los Estados miembros pocos fueron los programas de aplicación de los Fondos que adoptaron una estrategia generalizada de integración desde la perspectiva de género. Este Dictamen indica que la mayoría carecen de unos objetivos claros y de un plan de seguimiento con respecto a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres.

Al mismo tiempo que sobre el tema de la igualdad de salario de mujeres y hombres se considera que las diferencias salariales, por razón de género, son una de las desigualdades más notorias a las que se enfrentan las mujeres en el trabajo. Así, la mayoría de los proyectos seleccionados conforme al Programa de Acción versaron sobre la implantación de diferentes instrumentos, que fueron formulados con el objetivo de alcanzar la igualdad de salarios de mujeres y hombres por el desarrollo de un mismo trabajo.

En esta línea, dentro de este programa, la conciliación del trabajo con la vida familiar, que fue el tema prioritario en 2002, se relaciona como componente fundamental de la dimensión de género en la estrategia europea de empleo y el proceso de inclusión social. De esta forma, esta estrategia comunitaria tiene por objetivo promover la instauración de condiciones favorables para alcanzar esta conciliación. En efecto, se señalan una serie de medidas propuestas a tal fin, como el promover que las mujeres puedan incorporarse o reincorporarse al mercado de trabajo siendo madres.

Asimismo se considera que es esencial incrementar la participación de los padres para obtener un reparto igualitario de los cuidados familiares y las responsabilidades domésticas, debiendo fomentar el aprovechamiento del permiso parental por parte del padre. Así como las posibilidades de horario flexible para hombres y mujeres. Además, se deben de mejorar e incrementar los servicios de guardería haciéndoles asequibles y de gran calidad.

---

[346] Dictamen del Comité de las Regiones sobre la *"Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones –Integración de la igualdad entre los hombres y mujeres en los documentos de programación de los Fondos Estructurales para 2000-2006-"*, de 2 de julio de 2003. www.europa.eu.int

En definitiva, este plan se acompaña de los programas concretos que buscan la igualdad de género y que se encauza tales objetivos a través de programas precisos y vigentes como el Proyecto Europeo denominado “Equal”. Este Proyecto establece con el objetivo de presentar una serie de medidas destinadas a promocionar la incorporación de las mujeres al mundo laboral. A este respecto se considera que es imprescindible la participación de los interlocutores/as sociales, pues son el adecuado mecanismo para la negociación de fórmulas flexibles de trabajo, así como para el aumento de la competitividad y productividad de las empresas con el objeto de alcanzar el equilibrio entre la seguridad, la efectividad y la flexibilidad socioeconómica.

El Reglamento General sobre los Fondos considera que la igualdad de mujeres y hombres es el objetivo esencial. Esta misma consideración que se mantiene en los Reglamentos de los Fondos Europeo de Desarrollo Regional y el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, y se consagra con cuatro iniciativas comunitarias que tienen previsto su desarrollo entre los años 2000 al 2006, esto es, las denominadas Interreg III, Urban II y Leader, y el ya mencionado “Equal”.

En este contexto, el señalado Dictamen del Comité de las Regiones considera que es satisfactorio el resultado de los avances en la igualdad entre los hombres y las mujeres, valorando positivamente los programas estructurales de desarrollo establecidos a tales efectos, aunque los considera insuficientes en algunos países de la ue. Además, mantiene la preocupación de equilibrar la participación de ambos sexos en los órganos de decisiones de los Fondos Estructurales, ya no sólo en la planificación y ejecución, sino en un aspecto primordial en cuanto a la valoración.

En la organización competencial de España es importante la alusión que se realiza en este Informe, ya que se hace mención concreta a las Administraciones locales al considerarlas esenciales en participación para la plena integración de las mujeres y los hombres en un ámbito de igualdad de sexos. De este mismo modo se incentiva la participación de organizaciones no gubernamentales, así como de otras personas y grupos expertos en la materia que permitan optimizar los resultados de estos programas.

En España, la UE intensificó las ayudas económicas para la incorporación de la mujer al mercado de trabajo; otro tema de análisis y crítica sería su ejecución no siempre eficiente. En cualquier caso se buscó la consolidación de la eliminación de toda medida o condición que pudiera suponer segregación profesional femenina, comprometiéndose anular los estereotipos de género, y formular medidas de integración y participación de las mujeres que les permitiesen nuevas oportunidades para disfrutar de sus derechos sociales.

Dentro de este marco se reconoce que es muy valida la idea de fomentar el autoempleo femenino, puesto que las empresarias tendrían la libertad para establecer su propio cuadro de trabajo que les permitiría compaginar con su vida familiar de forma más factible. En definitiva, buscar la igualdad horizontal y vertical entre los hombres y las mujeres haciendo compatible la vida familiar y la vida profesional, y superando las desventajas sociales

En este sentido, el citado Dictamen hace de la gestión española una valoración positiva por parte de Europa y del esfuerzo realizado en este marco en ocho regiones, en las cuales son positivos los resultados en orden al objetivo de mejora de la empleabilidad femenina, y combatir la segregación laboral que sufrían las mujeres, así como promover con diversas medidas la conciliación del trabajo con la vida familiar. Esto es, se aduce a los logros obtenidos con la adopción de una serie de acciones, tales como ayudas económicas a empresas que emplean a mujeres en paro, apoyo al autoempleo, fundamentalmente en zonas rurales o afectadas por la reconversión industrial. Primordial es el lanzamiento de campañas de sensibilización a favor de la contratación femenina, y su valoración social a efectos de hacerla partícipe de la promoción profesional en igualdad de condiciones que sus compañeros.

Con estas políticas se recuerda que uno de los objetivos previstos por las Estrategias de Lisboa - 2000 - es elevar la actual tasa de empleo femenino a un 60% para el año 2019. Asimismo, los objetivos fijados en Barcelona - 2002 - son garantizar la asistencia infantil, fijándola en un minino del 90% de los niños/as con edades comprendidas entre los tres años y durante la edad escolar, e, igualmente, extensible al 33% de los niños/as menores de tres años.

Con la nueva Constitución para Europa se trata de promover medidas que otorguen un trato diferenciado a las mujeres, puesto que son parte de un colectivo que se ha visto limitado en el ejercicio de sus derechos sociales por las imposiciones derivadas de los roles tradicionales, que en función de su sexo han llevado a una estructuración de la cuestión social de forma masculinizada, y exigiendo a las mujeres amoldarse y renunciar a sus deseos y aspiraciones. Por eso, el texto europeo justifica estas acciones en el artículo II-83, artículo III-124.2; y de acuerdo al artículo III-214.4 en el marco laboral, los Estados miembros quedan legitimados para adoptar medidas que logren que las mujeres puedan desarrollar su actividad profesional con la prevención o la compensación a las discriminaciones de género sufridas en el marco socioeconómico[347].

Dicho de otra manera, en palabras de FREIXES se busca con estas medidas que las mujeres tengan un trato diferenciado, pues lo contrario no supondría más que "ahondar en la discriminación"[348].

En síntesis, la realidad ha llevado a los poderes comunitarios a tomar conciencia de que prohibición formal de la discriminación de los hombres y las mujeres no ha sido suficiente, puesto que no se ha alcanzado la igualdad real de oportunidades para las mujeres, y ello ha determinado la necesidad de adoptar técnicas efectivas que se vean afectadas por el marco constitucional desde la propia normativa.

Las medidas de acción positiva implementan diferencias en el trato jurídico a favor de las mujeres que tradicionalmente han sido marginadas, y así superar la situación de desigualdad que en el marco laboral sufren las mujeres europeas. Por ello, este principio de igualdad de sexos debe de ser el parámetro que esté presente en las diferentes actuaciones de los poderes públicos, y formularse como

[347] En el artículo II-83 redunda en la igualdad: "*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 en favor del sexo menos representado*".
[348] Entrevista por CARMEN BRINZ A FREIXES, TERESA, *Revista Trabajadora,* núm.14, IV Época, de diciembre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.
www.ccoo.es/sindicato/mujer.html

objetivo orientador para garantizar la igualdad de mujeres y hombres con un carácter no sólo formal, sino práctico[349].

3.3.2. Posición del tribunal de justicia europeo sobre la acción positiva en el orden social

Tal y como hemos visto, la primera línea del TJE fue permitir excepciones al principio de igualdad de trato excluyendo a las mujeres de su ejercicio de hacer efectivo el derecho al trabajo, cuando las legislaciones de los Estados miembros considerasen que era inapropiado o peligroso ese empleo para las mujeres, o bien, pudiera verse afectada la seguridad pública por el desarrollo de determinados trabajos por parte de las mujeres.

Sin embargo, en una segunda línea, el TJE ha tenido una activa implicación en el reconocimiento y garantía de las medidas de acción positiva. La jurisdicción comunitaria otorgó protección con medidas que tenían como fin garantizar la igualdad de trato de mujeres y hombres, e igualmente, contrarrestar y eliminar los efectos de la discriminación en los derechos sociales de las mujeres. Es decir, el TJE entendió que la acción positiva era el instrumento necesario para que se acelere la consecución de la igualdad de facto de mujeres y hombres[350].

De esta forma, la STJE de 1 de noviembre 1997, en el Caso 409/95, *Marschall c. Land Nordrhein–Westfalen, Bremen* reconoce que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros debe de establecer medidas que favorezcan el acceso de las mujeres al empleo. Aunque, esta preferencia de las mujeres en el acceso al empleo debe de establecerse por razones individuales y específicas en su justificación. Esta matización judicial al concepto y contenido de acción positiva será determinante para el diseño de estos instrumentos, tanto en las legislaciones internas de los Estados miembros como el ordenamiento jurídico

[349] Sobre este punto, PERAL FERNÁNDEZ, LUIS, "Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Grant respecto de su jurisprudencia en el asunto P./S.", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* núm. 8, enero/ junio 2000, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.
[350] La Unión Europa ha suscrito este objetivo que fue señalado por la Convención de NACIONES UNIDAS sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de diciembre de 1979.

comunitario, pues se exige que sean formuladas no sólo por el criterio de la preferencia de sexo, sino que se justifique su efectividad sobre la base de esa razón individual en la que se argumenta[351].

En este caso el Tribunal alemán plantea una cuestión prejudicial para dilucidar si la mencionada disposición alemana es compatible con la Directiva 76/207/CEE; este asunto viene precedido por la resolución de 17 de octubre de 1995, Caso 450/93, *Kalanke vs. Freie Hansestadt Bremen*[352]. El TJE al igual que el Land y varios gobiernos sostiene en la sentencia de 1997, que la disposición objeto de debate tuvo como objetivo "*servir de contrapeso a los criterios tradicionales, tales como, corregir procedimientos discriminatorios de selección de personal".* De esta manera, se favorece el acceso de las mujeres a puestos de dirección, puesto que la situación actual hace presumir que se concentra el trabajo femenino en los puestos inferiores de la jerarquía profesional.

---

[351] La resolución judicial, sobre la Ley de la Función Pública de la región que contemplaba en el artículo 25.5, advierte que: "*Cuando en el sector del organismo competente en el que deba producirse la promoción, haya menos mujeres que hombres en el nivel del correspondiente puesto de la carrera se concederá preferencia en la promoción a las mujeres, a igualdad de aptitud, competencia y prestaciones profesionales, salvo que concurran en la persona del candidato motivos que inclinen la balanza a su favor*". www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[352] STJE de 17 octubre de 1995, Caso 450/93, *Kalanke*: El Sr. Kalanke y la Sra. Glissmann, con los mismos méritos, aspiraban a un puesto vacante de jefe de Departamento en el Servicio de Parques y Jardines de la ciudad alemana de Bremen. La Ley de la Función Pública alemana establecía la preferencia de las mujeres frente a los candidatos masculinos con igual capacitación en aquellos sectores en que éstas se encontrasen infrarrepresentadas. La Comisión de Conciliación decidió, en aplicación de esta ley, conceder el puesto a la candidata femenina. Ello motivó que el Sr. Kalanke interpusiera los correspondientes recursos por discriminación sexual, llegando hasta el Tribunal Federal de Trabajo, el cual, ante la duda acerca de la compatibilidad de la Ley de la Función Pública alemana con el artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, planteó cuestión prejudicial al TJCE preguntando si el artículo. 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, que excepciona de la igualdad formal proclamada en el artículo 2.1 a las medidas destinadas a corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres, estaba contemplando una regulación nacional como la del caso. El artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, establece, en sus apartados 1 y 4, el principio de igualdad de trato en el sentido de las disposiciones siguientes que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar. La presente Directiva no obstará las medidas encaminadas a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en particular para corregir las desigualdades de hecho que afecten a las oportunidades de las mujeres en las materias contempladas en el apartado 1 del artículo 1. El TJCE resolvió señalando que el artículo 2.4 de la Directiva 76/207/CEE, en cuanto excepción del derecho individual al trato formalmente igualitario ha de interpretarse restrictivamente. Consideró el Tribunal que la Ley de la Función Pública alemana, sin embargo, garantiza una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres, sustituyendo, en consecuencia, la promoción de la igualdad de oportunidades por la igualdad de resultados. El TJCE consideró que la utilización de cuotas en empleos que, con calificaciones iguales, otorgan una preferencia automática estableciendo una prioridad absoluta e incondicional a las mujeres en relación con los hombres en materia de contratación o promoción, es incompatible con la Directiva. Según el TJCE la automaticidad de la medida, al otorgar a las mujeres un derecho absoluto e incondicional de contratación y promoción, la convertía en ilegal.

Esta sentencia define la acción positiva como toda medida *"destinada a contrarrestar los efectos de la discriminación en el pasado, a eliminar la discriminación existente y a promover la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, particularmente en relación con tipos o niveles de empleo donde los miembros de un sexo están infrarrepresentados"*

La Administración alemana señalaba que la disposición nacional no establecía una preferencia absoluta e incondicional de las mujeres, de ese modo, se admitía la posibilidad legal de que se puedan establecer medidas que favorezcan la promoción de las trabajadoras a puestos de trabajo en los cuales estén las mujeres subrepresentadas; se apoya tal argumento en el apartado 16, de la sentencia *Kalanke* antes citada[353]. Sin embargo, tanto el discurso administrativo y luego el judicial consideraban que las mujeres debían tener la misma capacidad que sus competidores masculinos, por lo que no se habla de preferencia absoluta, sino una vez sopesados todos los condicionamientos, y sólo aplicable cuando exista igualdad de condiciones, idéntica capacitación y se trate de puestos en los cuales las mujeres estén infrarrepresentadas.

De esta forma, a través de esta sentencia se legitimó la actuación legal de los gobiernos comunitarios al justificar aquellos programas de fomento al empleo que determinan favorecer la contratación femenina. Estas decisiones de contratación evidencian su efectividad, cuando se contrate a desempleadas pertenecientes a sectores en los cuales se considera que hay una menor presencia femenina. Estas medidas no son desatinadas en función de las propias cifras del paro, que permiten una reflexión negativa sobre el empleo femenino, tanto cuantitativamente como cualitativamente.

En efecto, las medidas políticas de acción positiva han sido avaladas por la jurisdicción comunitaria. Esto es, la stje de 6 de julio de 2000, en el Caso 407/98, Katarina Abrahamsson c. Leif Anderson c. Elisabeth Fogelqvist, apreció que el reconocimiento de la prioridad en la selección de las mujeres, con las cualidades suficientes para el puesto público en el que tuviesen menor representación, justificaba el ejercicio de la acción positiva, siempre que las cualidades de las candidatas fuesen equivalentes a las acreditadas por los candidatos varones.

[353] Veáse STJE de 17 de octubre de 1995, Caso 450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*.

Por su parte, con el objeto de alcanzar que las mujeres puedan conciliar la vida familiar y la vida profesional, además, de la correspondiente protección contra el despido de las mujeres que tenga su causa relacionada con la maternidad y del establecimiento correspondiente de permisos por maternidad o los permisos parentales, se determina que es necesario formular una serie de medidas destinadas a facilitar esta conciliación a las mujeres, pues la realidad muestra que ellas, mayoritariamente, son las que asumen el cuidado de los hijos e hijas renunciando, total o parcialmente, a su vida profesional.

En esta medida, la stje ha considerado dentro del ordenamiento jurídico comunitario a aquellas medidas nacionales que tienen como objeto la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres. En consecuencia, el tje ha señalado que el reconocimiento de estas medidas, únicamente, a las mujeres no se trata de un caso de desigualdad de género, sino que son medidas que tratan de indemnizar a las mujeres frente a su desigualdad laboral a la que se enfrentan las mujeres por su interés de trabajar, acondicionándolo a su papel de madres.

En esta misma línea, la stje 19 de marzo de 2002, Caso 476/ 99, H.Lommers c. Minister van Landbouw Natuurbeheer en Visserij, (Rec.2002, p. I-4147), resuelve sobre el conflicto planteado por la decisión ministerial que ofrecía un número limitado de plazas de guardería al personal femenino, porque con esta medida se pretendía facilitar a las trabajadoras su continuidad en el empleo tras la maternidad. Sin embargo, se admitía que en los casos de urgencia podría, por decisión del Director, se extendida tal posibilidad a los trabajadores. El tje resuelve considerando que las ayudas a guarderías otorgadas por los departamentos ministeriales neerlandeses a su personal femenino no son discriminatorias. Es decir, estas medidas se implementan al objeto de eliminar o reducir las discriminaciones que de hecho sufren las mujeres, de esa forma, facilitar el desarrollo de su carrera profesional.

El órgano judicial fundamentó su decisión alegando que se trataba de una medida necesaria, porque contribuye a la lucha contra la exclusión laboral de las mujeres en un intento de fomentar la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres, teniendo como referencia los datos de una realidad que manifiesta una mayor renuncia a sus intereses profesionales para dedicarse al cuidado de la familia. Además, esta medida no excluye generalizadamente a los hombres, porque podrían ser beneficiarios de las mismas cuando asuman en solitario el cuidado de los hijos/as.

Por lo que el tje entiende, acertadamente, que no se está en presencia de una medida discriminatoria, sino que con esta medida se trata de facilitar la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, a saber: "La medida no infringe el principio de igualdad de trato, sino que se inserta en el marco de un concepto restringido a la igualdad de oportunidades de acceder al empleo y viene a contrarrestar un hecho constatado: que ellas renuncian más a menudo que los hombres a ejercer o a seguir ejerciendo una profesión por razones relacionadas con la guarda de sus hijos/as".

En suma, estos supuestos se sitúan dentro del concepto de aplicación de acción positiva, sin embargo, el hilo conductor será la exigencia de que en cada situación que se apliquen estas medidas se garantice, objetivamente, que hay igualdad de méritos. No obstante, el TJE considera que son contrarias al acervo comunitario las medidas de acción positivas, cuando se trate de "*medidas de discriminación inversa en estado puro*" o "*discriminación inversa en sentido estricto*". A saber, acciones que justificadas en una razón determinan un efecto, pero que no supone que las mujeres gozan automáticamente de preferencia sobre los hombres en la asignación de puestos o en la promoción.

En esa medida, hemos de reconocer que la acción positiva tiene una clara finalidad que es la inserción de las mujeres en el mercado laboral haciendo compatible el trabajo con la maternidad. De ese modo se trata de eliminar o reducir las desigualdades de hecho, que pudieran existir en la realidad de la vida social femenina, que les obliga implícita o explícitamente a un paro forzoso, o a su salida del mercado de trabajo. Eso es, este retiro obligado del mercado de trabajo por parte de las mujeres se justifica por la imposibilidad de trabajar al recaer sobre ellas las responsabilidades familiares, pues las presiones de la familia y de la sociedad continúan determinando que sean las mujeres quienes tomen la decisión de dejar de trabajar.

En resumen, estas medidas: el fomento de la creación de guarderías, intensificar la movilidad funcional y flexibilidad de jornada, la posibilidad de conciliación para las mujeres de su vida familiar y profesional son instrumentos que de no formularse serían determinantes para que las trabajadoras vieran dificultada su carrera profesional. Es decir, es necesario un mapa de medidas legales, sociales y económicas que tienen como objetivo crear una red de ayuda para la armónica convivencia entre las cargas familiares y profesionales, sin tener que renunciar a ninguna de ellas. Por lo descrito, estas

medidas están definidas con el fin de evitar la presión hacia las mujeres para que abandonen el empleo, ulteriormente con ellas se trata de soslayar que las mujeres tengan que decidir entre trabajo y familiar[354]. Al propio tiempo que se delimita la conciliación desde el desempeño de las responsabilidades familiares por ambos progenitores.

En esta medida, la igualdad, tanto la formal como sustantiva, ora igualdad de resultados ora igualdad de oportunidades, son concebidas en la medida de lograr la igualdad superando la diferencia de género.

3.3.3. Rasgos normativos con carácter general sobre la protección del derecho a trabajar en igualdad de condiciones de mujeres y hombres

Con los precedentes anteriormente indicados, para poder garantizar la igualdad de trato de las mujeres en el marco del sistema de la seguridad social es preciso, también, proteger el derecho de las mujeres al trabajo[355]. Por ello, analizamos aquella protección jurídica en materia laboral que puede tener incidencia, directa o indirecta, en el respeto a la protección social de las mujeres, para lo que distinguimos tres cuestiones: el acceso de las mujeres al trabajo, las condiciones laborales del trabajo femenino, y la materia salarial.

Una jurisprudencia comunitaria actualizada ha otorgado una justiciabilidad del derecho a la igualdad de sexos con la exigibilidad de su presencia en las disposiciones normativas de los Estados miembros, e igualmente, con la garantía jurisdiccional de su efectividad. Es decir, en un contexto marcadamente económico, el TJE da protección jurisdiccional a todas las medidas adoptadas para

---

354 En la siguiente cuestión se plantea que todavía queda por resolver, STJE 8 de junio de 2004, Caso 220/02, *Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten y Wirtschaftskammer Österreich.* De tal modo que en la resolución planteada por el órgano judicial austriaco, se consideró que la excedencia por el cuidado de un hijo, no computaba a efectos del cálculo de la indemnización por desempleo, al ser considerado que este período es voluntario, y sin derecho a retribución alguna, por un período mínimo de tres meses y máximo de dos años.

355 TORRENTE GARI, SUSANA, *Normativa Social de la Unión Europea y el trabajo de las mujeres*. En VVAA., *La igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

conseguir la efectividad del objetivo social de la UE desde el respeto a la igualdad de trato de mujeres y hombres.

Por todo lo referido, no es casual que al órgano judicial comunitario le haya correspondido dar protección al derecho al trabajo de las mujeres europeas en términos de igualdad de sexos, pues, aunque las disposiciones nacionales se han aproximado de forma importante en búsqueda de este objetivo. Sin embargo, y a pesar de todos los avances jurídicos en esta materia subsisten resquicios tanto legales como en la práctica, que suponen discriminaciones por razón de sexo en el acceso al mercado laboral por parte de las mujeres. El estudio de las cuestiones laborales, tal como hemos indicado, se hace esencial, porque para poder referirse a la igualdad de trato de mujeres y hombres en materia de acción protectora del sistema de seguridad social es ineludible la ausencia de todo tipo de discriminación, directa e indirecta, por razón de sexo en la esfera laboral.

La igualdad de sexos, primeramente, debe de ser reclamada en el ámbito del mercado de trabajo, ya que este derecho fundamental de la igualdad de mujeres y hombres en el espacio laboral es requerido para que las mujeres puedan en igualdad de condiciones incorporarse al campo de aplicación de los diferentes regímenes profesionales del sistema de seguridad social. Asimismo las condiciones laborales son determinantes para la fijación de la obligación y de la cuantía de la contribución social, que a su vez delimita el cálculo de las prestaciones. Si bien, nos centramos, únicamente, en aquellas cuestiones que tienen incidencia en la materia de seguridad social.

En primer término, atendemos a las disposiciones establecidas para garantizar el acceso de las mujeres al mercado de trabajo[356]. De este modo, la Directiva 76/207/CEE, de 9 de enero de 1978 aborda la necesidad de adoptar medidas para proteger la igualdad de sexos en el acceso al empleo, a la

[356] La garantía judicial por parte de la UE a la igualdad de acceso de las mujeres al mercado de trabajo ha sido considerada en las siguientes sentencias entre otras: sentencia de 1 de julio de 1986, Caso 237/85, *Gisela Rummler c. Dato-Druck GMBH,* sentencia de 11 de marzo de 1981, Caso 69/80,*Worringham y Humphreys*, sentencia de 18 de septiembre 1984, Caso 23/83, *Liefting*, sentencia de 17 de mayo de 1990, Caso 262/88, *Barber* (Rec. p. I-1889), sentencia de 28 de septiembre de 1994, Caso 57/93, *Anna Adriaantje*, sentencia de 14 de noviembre de 1993, Caso 110/91, *Michael Moroni*, sentencia de 27 de octubre de 1993, Caso 127/92, *P.M. Enderby;* sentencia de 21 de mayo de 1985, Caso 248/83, *Comisión c. Alemania*.
www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

formación y a la promoción profesional en aras de garantizar que las mujeres tengan igualdad de oportunidades que los hombres[357]. En este sentido, se entiende que la garantía de la igualdad de trato se alcanzará con la eliminación de toda posible discriminación de género, directa o indirecta, que se justifique por razón de sexo, estado civil, o bien, por la maternidad.

Sin embargo, el TJE de acuerdo a la regulación de la Directiva 76/207/CEE considera que caben excepciones a la aplicación de este principio de igualdad de mujeres y hombres, siempre que se traten de exclusiones al trabajo femenino razonables y justificadas[358]. En esta línea, el TJE consideró que se admitían excepciones al principio de igualdad en la contratación de mujeres en la STJE de 21 de mayo de1985, Caso 248/1983, *Comisión c. República Federal de Alemania.* Así, señaló que los Estados miembros podían no incluir determinadas actividades dentro del campo de aplicación del derecho a la igualdad de mujeres y hombres en materia de empleo femenino.

De igual forma, la STJE 15 de mayo 1986, Caso 222/1984, *Johnston* apreció que no había motivo para hablar de desigualdad de género, pues el hecho de que desde hace años los puestos de la policía, también, fuesen ocupados por mujeres impedía que se hablase de discriminación de las mujeres. Este TJE señaló que las medidas aplicables en este caso, sobre la exclusión de las mujeres en el supuesto de que tuviesen que portar armas, no contradecían lo establecido en el artículo 2.1 párrafo 2 de la citada Directiva, porque este artículo permitía que, cuando estuviese debidamente justificado, los Estados miembros podrían excluir a las mujeres de su derecho de trabajar.

Es decir, en este supuesto, la demandante fue objeto de exclusión de la profesión policial con el argumento de que las mujeres policías conllevaban el incremento del número de atentados. Así, con esta justificación se consideraba que era una necesidad el establecer un trato diferenciado hacia las mujeres,

[357] La Directiva 76/207/CEE afecta a la totalidad de los Convenios Colectivos con independencia de la naturaleza de los efectos jurídicos que se produzcan entre las partes, según establece la STJE 8 de noviembre de 1983, Caso 165/82, *Comisión c. Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte*. Asimismo, la sentencia de 25 de octubre de 1988, Caso 312/86, *Comisión c. Francia: "Un Estado miembro incumple sus obligaciones cuando deja a los interlocutores sociales la tarea de delimitar los derechos especiales de las mujeres por la vía de la negociación colectiva sin fijarles un plazo imperativo para cumplir esta obligación".*

[358] Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976. *DOCE núm. L 039, de 14-02-1976.* Así, el TJE ha considerado que caben excepciones al trabajo de las mujeres en referencia a las matronas en la STJE de 8 de septiembre de 1983, Caso 165/1982, *Comisión c. Reino Unido*.

porque con estas medidas de exclusión femenina se garantizaba el orden y la seguridad pública a la par que se protegía a las propias mujeres de sufrir un atentado. El TJE no apreció discriminación de resultados con respecto de las mujeres, ni desigualdad de oportunidades a estas mujeres y su derecho a trabajar.

Este argumento hoy está claramente demostrado que no tiene ninguna razón de ser, ya que respondía al rol tradicional de debilidad de las mujeres, haciéndolas infundadamente objeto de una protección especial[359]. Es decir, responde a la tradicional división sexual del trabajo, de esa forma, corresponderían a los hombres aquellos empleos que precisan de mayor fortaleza física, al propio tiempo que persisten los prejuicios de la incapacidad femenina para el desempeño de determinadas actividades. En suma, entendemos que fue una decisión discriminatoria, cuando, además, esa limitación del uso de las armas determinó que posteriormente no se produjese por tal motivo la renovación de los contratos de trabajo. Esta resolución supuso una desigualdad de resultados para los derechos de las mujeres a trabajar, aunque se fundamentase en el indicado artículo 2.1 párrafo 2 de la Directiva europea indicada[360].

En esta misma línea, la stje de 26 de octubre de 1999, en el Caso 273/97, Ángela María Sirdar v. The Army Board, Secretary of State for Defence, con fundamentos similares a los citados, considera que las funciones de los Marines Reales no serían desempeñables por las mujeres. El tje consideró, que los Marines eran unidades especiales de combate que realizaban actividades, para las cuales el sexo era un factor determinante y a la sazón justificaba la exclusión de las mujeres de esta profesión.

En palabras del tje: "Los Marines Reales están organizados basándose en el principio de interoperatividad, esto significado que cada individuo, con independencia de su especialización, debe ser *capaz de actuar en un comando en cualquier momento dentro de su rango y de acuerdo a su nivel de*

[359] En este orden, esta posible excepción al principio de igualdad vuelve a ser fundamento años más tarde de otras sentencias, argumentándose las posibles excepciones de acuerdo a la Directiva de 1976, y a su artículo 2.2, por lo tanto, permitiendo excepciones a tal derecho de la igualdad material entre mujeres y hombres. En este sentido se manifiesta el Tribunal en la sentencia del Caso, mencionado, 273/97, Ángela María Sirdar c. el Comité del Ejercito, Secretariado del Estado para la defensa, además de la sentencia del Tribunal de Justicia c/ Francia, Caso 318/86 y Caso 285/98, Kreil (Recopilación 2000,p.I-69). www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[360] Sobre este punto, MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M., *La Protección Internacional de los Derechos de la Mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996.

destreza, en consecuencia, con la contratación de mujeres, según las autoridades de la Marina Real, no se podría mantener la interoperatividad".

Sin embargo, en un asunto semejante a los referidos, la STJE de 11 de enero de 2000, en el Caso 205/98, *Tanja kreil v. Bundesrepublik Deutschland* apreció que cabía establecer limitaciones laborales a las mujeres en relación con su trabajo en las Fuerzas Armadas, e incluidas, cuando, las restricciones eran motivadas por el necesario uso de las armas, aunque no podía ser este criterio establecido de forma genérica. Es decir, de acuerdo al artículo 2.1 párrafo 1 de la mencionada Directiva, el TJE admitía que los Estados miembros podrían establecer medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, y, por lo tanto, dentro del marco de su soberanía tendrían competencia para adoptar las decisiones relativas a la organización de sus Fuerzas Armadas, por ello, se podría incluir la excepción del trabajo femenino. De esa manera, como la materia de Defensa se mantiene dentro del ámbito competencial de los Estados miembros, los gobiernos nacionales podrán instituir medidas del carácter indicado.

No obstante, el TJE señaló que en este caso la medida era una reserva general a la aplicación del Derecho comunitario y, en particular, del contenido normativo de la Directiva 76/207/CEE. De modo que se consideraba, que contradecía al ordenamiento jurídico en su consideración de que estas excepciones al principio de igualdad de trato de mujeres y hombres debían de ser interpretadas de forma restrictiva y de forma proporcional[361].

El TJE señala que esta excepción sólo sería aceptable si fuese concreta ante situaciones especiales y, no como en este supuesto que se plantee de forma genérica, pues de lo contrario esta limitación supone que utiliza argumentos jurídicos y políticos para la perpetuación de los tradicionales

[361] En esta sentencia, de 30 de septiembre de 2004, Caso 319/03, *Serge Briheche y Ministre de l'Intérieur, Ministre de L'Educaation nationnale y Ministre de la Justice,* el TJE consideró que la exclusión del demandante varón de la posibilidad de acceso a la función pública-viudo con hijo a cargo que no había vuelto a contraer matrimonio- era contraria a la normativa comunitaria, puesto que esa posibilidad era admisible para las viudas con hijo a cargo mayores de 45 años, porque no se podía encuadrar en el párrafo 4 del artículo 2 de la Directiva 76/207/CEE, al considerar que esta acción es desproporcionada, ya que "*una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas en los sectores de la función pública debe considerarse compatible con el Derecho comunitario, cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos, y cuando las candidaturas sean objeto de una apreciación objetiva que tenga en cuenta las situaciones particulares de naturaleza personal de todos los candidatos*".

roles sexuales, que determinaron que los criterios masculinos fueran los utilizados en la organización del ejercito[362]. Es decir, el TJE consideró que el uso de armas no era causa justificada para excluir a las mujeres de los empleos militares, cuando, además, las mujeres no veían impedido su derecho a recibir instrucción sobre su uso para la autodefensa o para socorrer a otras personas.

En la actualidad, el derecho de las mujeres a trabajar será objeto de protección normativa de acuerdo al artículo 2 y 3.2 TCE, así como la citada 76/207/CEE. Este derecho al trabajo alcanzará su eficacia con una formulación de la igualdad de los hombres y las mujeres como principio fundamental inherente a la política social europea.

Así, de acuerdo a la Directiva 76/207/CEE, los Estados miembros deben de respetar el principio de igualdad de mujeres y hombres en el ejercicio del derecho de las mujeres a trabajar, aunque, también se reconoce que los Estados miembros son libres de tomar decisiones con respecto a determinadas profesiones, y, por ello, se permiten excepciones al trabajo femenino siempre que sean precisas y proporcionadas. En este mismo sentido, el artículo 9.2 de la citada Directiva determina que los Estados en función de la evolución de la posición de las mujeres en la sociedad pueden eliminar esas exclusiones, o bien mantenerlas. Estas decisiones de los Estados miembros sobre limitaciones al trabajo femenino serán objeto de notificación a la Comisión[363].

---

[362] MARTÍN VIDA, Mª ÁNGELES, "La reforma del artículo 12, apartado a) de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia <<Kreil>> del Tribunal de Justicia", *Revista de derecho comunitario*, núm.1, enero/junio de 2004. Con fecha de 11-01-2000 resuelve la cuestión prejudicial que le fue planteada por el Vewaltungsgericht (Tribunal Administrativo) de Hannover en relación a si las disposiciones de Derecho alemán que excluían a las mujeres de los empleos militares que impliquen el uso de las armas eran o no compatibles con el Derecho comunitario y con la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y las condiciones de trabajo. El caso se suscita cuando la señora Tanja Kreil presenta su solicitud de alistamiento voluntario en el ejército alemán siendo rechazada porque, "*las mujeres no podían prestar ningún servicio en el ejército alemán que implique el empleo de las armas de acuerdo a la Ley de Personal Militar" limitando su presencia a unidades sanitarias y a participar en las formaciones de música militar*". Al igual que en la sentencia de *Sirdar* se considera que "*los Estados miembros, deben de establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, adoptar las decisiones relativas a la organización de sus fuerza armadas".*

[363] Así, lo ha considerado el TJE: Caso 222/84, Johnston (Recopilación 1986, p.1651), Caso 273/97, Sirdar (Recopilación 1999, p.I-7403) y Caso 285/98, Kreil (Recopilación 2000, p.I-69). www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

Por otro lado, además, tal y como hemos señalado, la propia protección jurisprudencial aprecia que en un primer momento, como fue en el caso *Sirdar*, se justificó la exclusión de las mujeres de las Fuerzas Armadas, puesto que, "*la organización de los Royal Marines difiere fundamentalmente de la de las demás unidades de las Fuerzas Armadas británica, de las que constituyen la punta de lanza*". En un segundo momento, sin embargo, en el reciente caso *Kreil,* se considera que no existe tal justificación a la excepción, por lo que se afirma que las medidas excluyentes al derecho a trabajar de las mujeres pueden suponer una discriminación de sus derechos sociales.

En segundo término, sobre la igualdad de trato al respecto de la definición de las condiciones laborales de las mujeres será objeto de regulación en los términos del artículo 4 de la Directiva 76/207/CEE. Las mujeres tienen igualdad de derecho que los trabajadores a participar en los programas de formación, perfeccionamiento y reciclaje que hombres, así como a participar en los procesos de promoción profesional.

Por lo descrito, como se ha señalado anteriormente, en primer lugar, se deben de eliminar todas disposiciones normativas, convencionales y contractuales que dificulten a las mujeres el ejercicio de sus derechos laborales. A la par que se deben de establecer medidas para garantizar la efectividad de los derechos sociales de las mujeres en igualdad de condiciones que los hombres. Es decir, se exigen garantías para que las mujeres no sufran segregación horizontal y vertical; manifestaciones de discriminaciones de género que pueden presentarse en diversas formas en el mercado de trabajo[364].

En tercer término, el principio de igualdad de trato por razón de sexo se plantea en materia de igualdad de retribución salarial[365]. Como hemos mencionado, se deben de establecer mecanismos jurídicos que eviten que las mujeres sean objeto de discriminación en su derecho a percibir una

[364] Recomendación sobre la Formación Profesional de las mujeres de 24-11-1987, DOCE núm. L. 342, de 4-12-1987.

[365] El Tribunal Federal de Alemania, en enero de 1983, consideró: "*Que no debía haber una diferencia entre el importe de las primas pagadas a los trabajadores de día y a los trabajadores de noche, puesto que, por otra parte, ya se concedía un plus especial, salvo que se demostrara que la prima suplementaria era indispensable, para encontrar candidatos para el trabajo nocturno, ya que, de lo contrario, el pago de la misma podía constituir una discriminación de hecho contra las mujeres*".

retribución salarial[366]. Así, para la consecución de tal objetivo se demanda a los Estados miembros que tomen medidas para consagrar esta pretensión, y, por ello, se debe suprimir todas las normas y estructuras que creasen desigualdad entre los sexos en materia salarial. A este respecto, la igualdad de retribución de las mujeres y los hombres se aborda en los términos de la Directiva 75/117/CEE, de 10 de febrero de 1975[367].

Vale decir, que esta regulación fue demandada por Francia que tenía una legislación más avanzada en materia de igualdad salarial entre los sexos que los otros Estados miembros. Por eso, Francia reclamó la aprobación de esta Directiva ante el miedo de la posibilidad de que la mano de obra femenina en esos otros países miembros fuese un obstáculo a la competitividad de sus productos[368].

De este modo, sin posible discriminación por razón de sexo, toda persona tiene derecho a percibir igual salario por el desarrollo de un trabajo igual. Es decir, se deben de asegurar jurídicamente que las mujeres reciben igual salario por igual trabajo, aunque la dinámica de la política social comunitaria ha matizado esta protección con relación al derecho a recibir igual salario por un trabajo de igual valor[369].

---

366 Estas exigencias normativas son confirmadas por la STJE 11 julio 1991, Caso 87/90, Caso 88/90, Caso 89/90, Verholen y otros.

367 Véase, STJE de 25 de mayo de 1971, Caso 80/70, Defrenne c. el Estado de Bélgica, (Rec. 1971, p.445); STJE 8 de abril de 1976, Caso 43/75, Defrenne c.Sabena, (Rec. 1976, p.455) y STJE de 27 de marzo de 1980, Caso 129/70, Macarthys Ltd. c. Wendy Smith y STJE de 31 de marzo de 1981, Caso 96/80, P. Jenkins c. Kingsgate (Clothing Productions) Ltd., STJE de 9 de febrero de 1982, Caso 12/81, Hielen Garland c. British Rail Engineering Limited y STJE de 9 de junio de 1982, Caso 58/81, Comisión de las Comunidades Europeas c. el Gran Ducado de Luxemburgo. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

368 La igualdad de retribución entre hombres y mujeres por parte de la Comunidad es reflejo de la garantía jurídica a este principio de la OIT en el Convenio núm. 100 que marca una tendencia alcista en la extensión de la protección a la igualdad de retribución. La importancia de los Convenios de la OIT es fácilmente observable en las numerosas sentencias y resoluciones de los órganos internacionales y comunitarios.

369 Este objetivo en España se recoge con la Ley 33/2002, de 5 julio de 2002, que modifica el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores aprobado por el RDL 1/1995, de 24 de marzo, " El empresario está obligado 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".

En estos términos, este derecho es consagrado en el actual artículo 137 y 141 del TCE (antiguo artículo 119), pues se consolida la igualdad de retribución de mujeres y hombres como un principio de la política social de la Unión Europea y de los Estados miembros (artículo 141.1).

En suma, la consecución de tal objetivo demanda que los Estados miembros tomen medidas para consagrar esta pretensión, y, por ello, se deben suprimir todas las normas y estructuras que creasen desigualdades entre los sexos. De tal manera, que se deberá garantizar neutralidad de los criterios determinantes del salario. En consecuencia, hemos de señalar, que la jurisprudencia comunitaria ha considerado a estos efectos que el salario debe de ser cuantificado con razones objetivas; considerándose como tales aquellas fundamentadas en fines económicos y sociales[370].

De esta misma forma, se regulará un aspecto esencial para garantizar la protección de la igualdad de sexos en materia salarial al establecer que se invierte la carga de la prueba, y se hace responsable al empresario/a de la justificación objetiva de las diferencias salariales entre hombres y mujeres. En esta medida, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997 instituye la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo afectando a los operadores judiciales[371]. Con esta disposición se impone al empresario/a la defensa sobre la diferencia de retribución entre los trabajadores/as de diferente sexo. De este modo, son los empresarios/as los responsables de acreditar que es una diferencia neutra y ajena a toda cuestión de género. Esta regulación es esencial, pues se traslada al empresario/a la obligación de justificar una medida que, aun siendo efectivamente discriminatoria para las mujeres, es de difícil prueba judicial.

Efectivamente, esta medida de trasladar la carga de la prueba al empresario/a era necesaria, porque las mujeres, como toda víctima, tienen miedo, o temor a denunciar estas situaciones ante la

[370] Se ha considerado, que las diferencias de retribución se pueden justificar sobre la base de razones económicas, decisiones adoptadas en relación con las necesidades y los objetivos de la empresa, diferentes criterios, como la flexibilidad o la adaptabilidad de los horarios, y de los lugares de trabajo, la formación profesional, o incluso, la antigüedad del trabajador, la situación del mercado del empleo que podría llevar a un empresario a aumentar la retribución de un trabajador para atraer candidatos, pudiendo constituir una de las razones económicas objetivamente justificadas. A este argumento debe de consultarse la STJE de 27 de octubre de 1993, Caso 127/92, *P.M. Enderby,* (Rec. p. I-5535).
[371] *DOCE núm. L 14/ 06, de 20-01-1998*.

posible pérdida de su empleo. Con esta intervención de los organismos públicos se busca que desaparezca el miedo de las mujeres a la toma de represalias de los empresarios/as. También, desde este contexto se favorece la aparición de códigos o protocolos de conductas a favor de la igualdad de sexos[372].

La jurisprudencia sobre esta materia ha responsabilizado a los Estados miembros de la adopción de medidas que garanticen y, por lo tanto, eviten la desigualdad retributiva entre los hombres y las mujeres. Asimismo es importante que el poder judicial haya reconocido la aplicación directa del antiguo artículo 119 del Tratado de la CEE, puesto que puede ser alegado ante la jurisdicción nacional en su consideración de derecho subjetivo invocable, tanto en la esfera privada como pública[373].

Este devenir normativo y judicial es recogido en la Directiva 2002/73/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que reconoce el derecho a la igualdad de trato de hombres y mujeres como una misión y objetivo comunitario[374]. Asimismo, se manifiesta un rechazo a toda práctica que discrimine a las mujeres por razón de sexo[375]. Sin embargo, admite que puede restringirse el acceso al empleo de una persona por su sexo dependiendo de la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate, pero siempre que sea una medida proporcional y que el objeto se muestre legítimo.

El artículo 2.2 de la Directiva 2002/73/CE, tal como mencionamos en el capítulo primero, la discriminación directa es aquella situación en que una persona haya sido, o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo[376]. Por otro lado, se define la discriminación indirecta como la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente

---

[372] La jurisdicción comunitaria ha sido concluyente en la garantía del principio de igualdad en materia de retribución salarial. Esto es, entre otras SSTJE de 8 de junio 1976, en el Caso 43/1975, *Gabrielle Defrenne c. Sabena,* y sentencia de 6 de julio 1982, el Caso 61/1981, *Comisión c. Reino Unido*, así como, sentencia 4 de febrero de 1988, el Caso 157/1986, *Murphy c. An Board Telecom Eireann*, y sentencia 17 de mayo de 1990, el Caso 262/1988, *Harvey Barber c. Guardian Royal E.M.G*.

[373] MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. Y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, (Dir. y editor), *Política Social Internacional y Europea, Op. cit.*

[374] BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, "Derecho Comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género", *Relaciones entre Ordenamientos en la Unión Europea*, núm. 1, enero-junio de 2004.

[375] *DOCE núm. L 269, de 5-10-2002*. La fecha tope para su transposición es el 5 de octubre de 2005. www.ugra.es

[376] BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, "Derecho comunitario y Derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género", *Op. cit.* www.ugra.es

neutros sitúan a las personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a las personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima a la par que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

Al propio tiempo, que este principio de igualdad debe de estar presente en la clasificación puestos de trabajo para hombres y empleo para mujeres. El artículo 1 de la Directiva señala que deben de implementarse criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos para su encuadramiento profesional, ya que las mujeres europeas en un 80% soportan segregación profesional.

En este contexto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la *"Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones"* reconoce que a pesar de los avances en la protección jurídica del derecho a la igualdad de género en materia social, todavía, se registran datos de discriminación laboral de las mujeres[377]. Sirva para dar cuenta, que por la diferencia injustificada en la retribución del trabajo masculino y femenino se calcula que las mujeres reciben un 16 % menos en concepto salarial que los hombres.

En este contexto, el Comité Económico y Social Europeo se muestra de acuerdo con la idea de estudiar la creación de un Instituto Europeo, que esté encargado de las cuestiones relativas a la igualdad de mujeres y hombres con el fin de reforzar el compromiso europeo en dicho sentido. Este trabajo del Comité ha sido uno de los principales puntos de convergencia y compromiso de la Agenda de política social europea. Además, las soluciones adoptadas se refieren, sobre todo, a la creación de puestos de trabajo en los sectores de alta tecnología y alta intensidad de conocimientos. Si bien, se reconoce que esta estrategia debe completarse con un esfuerzo paralelo de inclusión de las mujeres.[378]

En suma, existe una clara vocación de la UE de implicar a la totalidad de los poderes públicos y privados para mantener una sola actitud de rechazo frente a la exclusión social de las mujeres en materia

[377] *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones",*-Revisión intermedia de la Agenda de política social» *(COM (2003) 312 final) (2004/C 80/26) DOCE, 30-03-2004-.*
[378] www.europa.eu.int

laboral. Por ello, el reclamo al compromiso a los Estados miembros a través de su normativa con la garantía proporcionada por la labor del TJE en aras de intentar que a las mujeres se les otorgue condiciones laborales según su capacidad, y, no de acuerdo a su sexo.

En esta medida, solamente, se conseguirá la igualdad de sexos a través de una inserción plena de las trabajadoras en el mercado laboral, que les otorgue poder adquisitivo para poder ejercer sus derechos y capacidad de decisión de forma independencia. En definitiva, las mujeres que tengan garantizada la efectividad de sus derechos sociales podrán con libertad satisfacer sus esperanzas y deseos para que, desde la igualdad con el colectivo masculino de la población europea, puedan alcanzar los niveles de vida y bienestar postulados por la Europa de los 25.

En resumen, con el cuadro normativo citado se establece que la garantía de la igualdad de mujeres y hombres se debe, también, de instrumentalizar a través de la adopción de medidas de acción positiva que garanticen los derechos sociales de las mujeres. De ahí, la necesidad de implementar un crisol de medidas para el logro de una igualdad real y efectiva. De este modo, se legítima la adopción de instrumentos para compensar las discriminaciones que las mujeres han sufrido tradicionalmente. Así, se considera necesario la adopción de acciones para promover la igualdad de oportunidades y de resultados a favor de las mujeres, con el objeto de superar las dificultades sociales de integración de las trabajadoras y lograr el respeto de la dignidad femenina en el marco laboral.

3. 4. LA SEGURIDAD SOCIAL COMUNITARIA Y LAS MUJERES

3.4.1. Resoluciones judiciales comunitarias sobre el derecho de las mujeres en materia de prestaciones de la seguridad social

3.4.1.1. Actuación judicial comunitaria sobre los estereotipos femeninos

En materia de protección de seguridad social, la jurisdicción comunitaria ha pasado de justificar medidas de un oscuro o falso proteccionismo a la justificación de medidas dentro de la protección

normativa que han sido establecidas con el objetivo de alcanzar la igualdad de mujeres y hombres. Esta posición del Tribunal tiene la clara idea de luchar contra la concepción de las mujeres como objetos de derecho, que acceden al sistema de la seguridad social como titulares de derechos sociales secundarios. Es decir, se trata de eliminar las tradicionales situaciones por las que las mujeres tenían derecho a las prestaciones de la seguridad social como sujetos dependientes del varón.

En esta medida, los pronunciamientos en la actualidad del tje tienen la pretensión de reconocer a las mujeres, desde la igualdad de condiciones, el derecho de acceder a la previsión social para lo cual se hace preciso eliminar los estereotipos sexuales asignados a las trabajadoras.

Así, en la stje de 24 de junio de 1986, en el Caso 150/1985, Jacqueline Drake c. Chief Adjundication Officer, el tje entró a debatir el concepto de "mujer mantenida" en relación a la demandante que estaba casada y vivía con su marido tras haber dejado de trabajar como cuenta ajena para poder cuidar a su madre minusválida.

En este caso, la demandante solicitó una prestación por razón del cuidado de su madre inválida; esta prestación es denegada al considerar que la demandante vivía con su marido y que, por lo tanto, dependía económicamente de su marido que era responsable de mantenerla. De tal modo que se consideraba que las mujeres casadas que no trabajaban fuera del hogar con contrato eran mujeres dependientes del marido, aunque desarrollasen un trabajo que la sociedad debía asumir estableciendo los debidos servicios públicos y dando protección a los familiares femeninos que los realizasen, e incluso, cuando se tratase de "familiares femeninos casados". Por el contrario, se reconocía que en el mismo supuesto cuando el beneficiario era un hombre, la prestación era concedida al varón casado, puesto que se consideraba que no era "mantenido" por su cónyuge femenino, pues debía de abandonar su trabajo para cuidar del familiar, pero sin la creencia de que en estos supuestos existiese obligación de los hombres de ser mantenidos.

La stje consideró que esta decisión británica era atentatoria contra el principio de igualdad de las mujeres y los hombres, al recibir las mujeres un trato discriminatorio por su sexo en tanto se les negaba el derecho a percibir una prestación social, que tenía como objeto afrontar la atención dispensada a los

enfermos/as que requerían cuidados de otra persona, con independencia de su condición laboral, y compatible con la percibida por la madre.

En esta misma línea, sobre la necesidad de eliminar de los ordenamientos jurídicos nacionales los estereotipos sexuales que menoscaban los derechos sociales de las mujeres, se dicta la stje de 11 de julio de 1991, Caso 31/90, Elisie Rita Jonson c. Chief Adjudication Officer. En este asunto, la demandante tiene un hijo de seis años y vivía sola, así, ante una afección en la espalda se le concede una pensión de invalidez no sujeta a cotización, pero con la prohibición de volver a trabajar. Si bien, años más tarde se le retira la prestación por comenzar a cohabitar con su compañero alegando que la beneficiaria no sólo debía ser incapacitada para trabajar, sino que tampoco debía realizar ninguna labor doméstica. Sin embargo, en el caso contrario, de que fuese un hombre quien percibiese una prestación y conviviese con su mujer, entonces la ley presumiría que el varón no asume esas responsabilidades domésticas, ya que son "cosas de mujeres".

La decisión administrativa de retirada de esta prestación se basaba en la presunción de que esta nueva convivencia de la mujer con su pareja conllevaría al desarrollo de tareas domésticas que serían asumidas por la demandante. De este modo se debe de señalar que con esta decisión se estaba perpetuando los roles sexuales tradicionales por los que estas funciones eran asignadas a las mujeres. Esto es, se asiste a una nueva manifestación de discriminación de género y del papel asignado a las mujeres con relación a sus obligaciones de cuidar de los demás, así como a sus responsabilidades en la atención de los quehaceres domésticos; de los que por otro lado, los hombres se presume no tienen ninguna obligación social[379].

Asimismo en este caso, además, el tje comprueba que el Reino Unido no había adoptado las medidas pertinentes en este orden a pesar de que son las mujeres quienes frecuentemente abandonan su trabajo para estas actividades.

[379] En esta línea debe ser consultada sentencia TJE de 25 de julio de 1991, Caso 208/90, Theresa Emmott c. Minister For Social Welfare y Attorney General.

En resumen, las modificaciones de la normativa que regula el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social han sido deficitarias. Por ello, ha debido el tje otorgar amparo jurisdiccional a las mujeres que veían menoscabados sus derechos sociales por la perpetuación de roles sexuales, que obstaculizaban el reconocimiento de prestaciones establecidas dentro del sistema de seguridad social, cuando, por el contrario, los hombres solicitantes de las mismas no tenían dificultad ninguna para erigirse con su titularidad en los supuestos de encontrarse en semejantes circunstancias.

3.4.1.2. Resoluciones judiciales sobre las pensiones de jubilación

La preocupación por la igualdad de mujeres y hombres se extiende a la concesión de pensiones de vejez. Puntualizando que los Estados miembros son quienes deben responsabilizarse y tomar medidas para eliminar del ordenamiento comunitario social aquellas normas legales o convencionales que conculquen, directa e indirectamente, el principio de la igualdad de sexos. Dejando abierta la vía judicial para las reclamaciones de cualquier persona que se vea perjudicada en el derecho por un trato discriminatorio.

En este orden, la prestación por jubilación es una de las cuestiones, habitualmente, perfilada y resuelta por el Tribunal Comunitario[380]. En especial, en cuanto al requisito de la edad que es la condición que plantea un mayor problema, porque cuando las legislaciones nacionales establecen diferentes edades para los titulares eventuales de las pensiones de jubilación, diferenciando según se trate de hombres o mujeres, se han de implementan con el objeto de compensar las tradicionales dificultades de las mujeres de compatibilizar su vida profesional y personal, así como el desgaste físico que esta situación les producía por ser asumido, en solitario, el cuidado de la familia.

El marco normativo prevé a tenor de la Directiva 79/7/CEE, sobre la igualdad en materia de seguridad social una progresiva aplicación de la misma entre hombres y mujeres[381]. Si bien, se dispone

[380] www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm
[381] Veáse sentencia de 26 de febrero de 1986, Caso 151/84, *Joan Roberts c. Tate & Lyle Industries Limited*, sentencia de 30 de marzo de 1993, Caso 328/92, *Secretary of State for Social Security*, sentencia de 1 de julio de

que los Estados miembros podrán fijar en su normativa, siempre debidamente justificada y con criterios razonados, edades diferentes de acceso a la pensión de jubilación obligatoria en función de los propios valores inspiradores del sistema de previsión social, los cuales deben estar ajenos a la voluntad del empresario/a, puesto que se considera que estas prestaciones tienen un fin social.

En este sentido, la doctrina judicial del tje se había pronunciado en distintos procesos sobre qué se considera discriminación, indicando que se estará en presencia de la misma cuando la diferencia de edad esté establecida para una categoría profesional, mayoritariamente, ocupada por mujeres de forma injustificada.

De esa forma, es insoslayable que hay desigualdad de género en aquellos casos en que esta diferencia influye en el cálculo de la pensión derivada de la obligación de jubilarse anticipadamente, sin dar opción a las trabajadoras a permanecer trabajando en aras de mejorar sus prestaciones sociales[382]. Es decir, cuando no esté justificada la medida, y ésta afecte mayoritariamente a las mujeres, el tje exige que no se distinga entre hombres y mujeres en el momento de fijar la edad de acceso a cualquier prestación, pero en particular a la jubilación. Por eso, se han debido de eliminar las diferencias de trato cuando no estaban justificadas, e incluso, se han debido de adoptar medidas al respeto sobre el tratamiento que se debe de otorgar a estos casos de forma transitoria, asimismo se ha debido de aludir a los efectos retroactivos de las medidas acordadas en este orden.

La stje de 23 de mayo de 2000, Caso 104/ 98, Oberster Gerichtshof apreció la existencia de desigualdad de trato, pues señala el tje que para acceder a la pensión de jubilación por incapacidad laboral se establecía una diferencia de edad, fijándose ésta en 57 años para los hombres y en 55 años

1993, Caso 154/92, *R.Van Cant* y sentencia de 26 de febrero de 1986, Caso 262/84, *Vera Mia Beets-Proper c. F.Van Lanschot Bankies NV.* www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[382] Se parte de la idea de que la Comisión de la Comunidades Europeas considera que las cotizaciones no son salario, ni tampoco las prestaciones de los organismos de seguridad social, postulado que también, se recoge por el Convenio núm.100, de 1951 de la OIT. Considera el Consejo, la Comisión y el TJE que el antiguo artículo 119 señalado será de aplicación a todos los conceptos económicos, que de alguna manera supongan un detrimento para los derechos de las mujeres, afectando a sus condiciones pecuniarias.

para las mujeres, diferencia introducida en la fecha de 1 de septiembre de 1996[383]. En este orden, el Gobierno Austriaco alegó sobre la no eliminación de esta medida, que se consideraba que no tenía justificación su eliminación por los costes que le supondría para su sistema social. Por ello, el tje consideró que el Gobierno Austriaco había incurrido en una discriminación de sexo con respecto a esta prestación; esta prestación estaba incluida en el ámbito de aplicación de esta Directiva 79/7/CEE[384].

En esta misma línea, sobre los efectos retroactivos de la normativa comunitaria en materia de seguridad social, el tje con la sentencia de 12 de septiembre de 2002, Caso 351/00, Sra. Niemi y el Valtiokonttori - órgano de gestión del régimen de pensiones del Estado vuelve a entrar a debatir el tema del requisito de la edad diferente entre hombres y mujeres, pero en referencia a un caso previo a la entrada en vigor de la citada Directiva 79/7/CEE, que da lugar a consecuencias negativas para las mujeres derivadas de la no retroactividad de la normativa social de igualdad de mujeres y hombres[385].

El asunto era que la Sra. Niemi tras treinta años de antigüedad como empleada de las fuerzas armadas finlandesas, no tenía derecho a la pensión de jubilación hasta los 60 años de edad. Al mismo tiempo que un hombre que tuviese exactamente la misma antigüedad que ella, y que esté desempeñando exactamente las mismas funciones podría ejercer su derecho a obtener una pensión de vejez desde la edad de 50 a 55 años.

---

[383] En esta referencia STJE de 11 de agosto de 1995, Caso 367/93 y Caso 377/93, Roders y otros, asuntos acumulados, (Rec. p. I-2229, apartado 48), STJE 19 de octubre de 1995, Caso 137/94, Richardson, (Rec. p. I-3407, apartado 37), STJE de 13 de febrero de 1996, Casos acumulados 197/94 y 252/94, Bautiaa y Société française maritime, (Rec. p. I-505, apartado 55), STJE de 24 de febrero de 1994, Caso 343/92, Roks y otros, (Rec. p. I-571, apartado 35). www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[384] El artículo 8 de la Directiva dispone: *«1. Los Estados miembros establecerán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la presente Directiva, en un plazo de seis años a partir de su notificación. Dichos Estados miembros informarán inmediatamente de ello a la Comisión. 2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva, incluidas las medidas que establezcan en virtud de la aplicación del artículo 7, apartado 2. Los Estados miembros informarán a la Comisión de las razones que justifiquen el eventual mantenimiento de las disposiciones existentes en las materias previstas en el artículo 7, apartado 1, y de las posibilidades de su posterior revisión.».*

[385] El artículo 119, párrafos primero y segundo, del Tratado dispone: *«Cada Estado miembro garantizará durante la primera etapa, y mantendrá después, la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo. Se entiende por retribución, a tenor del presente artículo, el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.»*

La stje reconoce que el artículo 119 del Tratado prohíbe toda discriminación en materia de retribución entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos, cualquiera que sea el mecanismo que determine esta desigualdad - sentencia Barber, apartado 32 -. No obstante, se considera que los hechos del litigio son referidos a períodos de empleo situados, tanto antes como después de la adhesión de la República de Finlandia al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, y posteriormente, a la Unión Europea.

En este punto procede observar que el principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres por un mismo trabajo tuvo aplicación para el mencionado Estado miembro desde el 1 de enero de 1994, en virtud del artículo 69 del citado Acuerdo. En orden a esta normativa y de acuerdo a la sentencia Barber antes señalada, resulta que por lo que atañe a la República de Finlandia, el principio de igualdad de retribución de hombres y mujeres no puede ser invocado para las pensiones correspondientes a períodos de trabajo anteriores al 1 de enero de 1994.

El tje sanciona, de acuerdo al Protocolo de Barber, a la demandante por no haber incoado acción antes de dicha fecha de acuerdo al derecho nacional[386]. Es fruto de la no retroactividad prevista por la normativa, sin ser conscientes de que el reconocimiento de los derechos sociales a pesar de conllevar un incrementó del gasto social debe suponer decisiones respetuosas con el derecho a la dignidad de las mujeres, y su derecho fundamental a la subsistencia y emancipación económica individualizada.

En definitiva, se distingue, el período anterior a 1 de enero de 1994 que no es de aplicación la normativa comunitaria, y la situación posterior que no a lugar a discriminaciones en el acceso a la pensión de jubilación por razón de la edad. En este caso, la demandante vio quebrantados sus derechos sociales por tratarse de una mujer que reclamaba igualdad con sus compañeros de trabajo, porque, ilógicamente, la ue no obligó a los Estados a reconocer con carácter retroactivo los derechos de igualdad en materia de seguridad social al encontrarse en el amplio campo competencial de los Estados miembros en materia de

[386] Protocolo de Barber: "*Las prestaciones en virtud de un régimen profesional de seguridad social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los Tribunales o presentando una reclamación equivalente según el Derecho nacional de aplicación".*

seguridad social. Por consiguiente, pierde económicamente la trabajadora por tal situación, "únicamente" por ser mujer y haber trabajado antes del 1 de enero de 1994.

Por el contrario, el tje admite que caben excepciones justificadas al principio de igualdad permitidas por el artículo 7.1 a) de la citada Directiva[387]. Esto es, la letra a) del apartado 1 del artículo 7 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978 relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, y debe interpretarse en el sentido que cuando una normativa nacional ha mantenido una diferencia en la edad de jubilación entre los trabajadores y las trabajadoras debe ser justificada y ser objetiva para no quebrantar el principio de igualdad de trato. También, se permite que el Estado miembro interesado pueda calcular la cuantía de la pensión de modo distinto según el sexo del trabajador o trabajadora. Así, esta justificación permite medidas transitorias para que las pensiones de las mujeres se adapten a los cambios producidos por la desaparición de las ventajas inicialmente concedidas, que en algún supuesto fue producto de una falsa protección a los intereses de las mujeres; por cuya razón en este aspecto se admiten modos diferentes de calcular la prestación de jubilación.

En el marco de acción positiva, la stje de 16 de febrero de 1982, Caso 19/81, Arthur Burton c. British Railways Board resuelve sobre la solicitud de la pensión de vejez. Para su reconocimiento el Gobierno británico distinguía los requisitos según fuesen varones o mujeres, y fijaba como edad de acceso a un retiro obligatorio la edad de 60 años para las mujeres y 65 años para los hombres. Al propio tiempo que permitía la posibilidad de acceder a la jubilación con carácter voluntario a la edad de los 55 años, para toda la clase trabajadora.

En este caso, la demandante con 53 años consideraba que las mujeres se veían discriminadas al ser reconocido a las trabajadoras el derecho de acceso a la prestación por jubilación voluntaria cinco años antes de la edad fijada con carácter obligatorio, mientras que a los hombres se les permitía diez

[387] Véase, las sentencias de 11 de agosto de 1995, Caso 92/94, y de 30 de enero de 1997 (Rec. p. I-2521, apartado 11), (Rec.1993, p. I-5145), *Secretary of State For Social Security and Chief adjudication officer y Graham y otros*, STJE de 30 de enero de 1997, Caso 139/95, *Balestra c. Instituto Nacional de Previsión Social.,* (Rec. 1997, p. I-549, apartado 33).

años antes. En efecto, la stje considera en primer lugar, que el cese por jubilación anticipada se inscribe en el campo de aplicación de la Directiva 76/207/CEE (artículo 5), y no en el campo de aplicación de la Directiva 79/7/CEE. En este caso al establecerse la edad de acceso al retiro voluntario no se puede hablar de discriminación[388]; y en cuanto a la edad de acceso al retiro obligatorio entra dentro del campo de la Directiva 79/7/CEE, y, por lo tanto, de acuerdo a esta norma se deja al Estado miembro la plena libertad para regular tal condición.

Así, lo consideró la stje de 30 de abril de 1998, con relación al cálculo de la pensión de jubilación y una vez justificada dicha medida por razones objetivas. De tal modo que en los asuntos acumulados Caso 377/96 y Caso 384/96, De Vriendt y otros (Rec. p.2105) se trató nuevamente de determinar la licitud de la fijación de edades distintas y su afectación en el cálculo de la pensión; de este modo, la necesidad de establecer un orden en la regulación del esquema social.

En este mismo orden, la sentencia de 13 de diciembre de 2001, Caso 206/00, Mouflin Recteur de l'académie de Reims afirma que la normativa francesa que regula el régimen de jubilación de los funcionarios permite a las funcionarias acceder a la pensión de jubilación por tener a su cargo a cónyuge incapacitado, o que éste padeciese enfermedad incurable. Se trata de una medida no extensible a los funcionarios, y, por lo tanto, el tje considera que es contraria a la igualdad de sexos al excluir a los hombres de las mismas sin justificación alguna[389]. Las

[388] Esencial es la STJE 15 de junio de 1978, Caso 149/77, *Sabena*. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[389] En este mismo orden, el TJE señala que: "*Las pensiones abonadas en virtud de un régimen como el régimen francés de jubilación de los funcionarios están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE (los artículos 117 a 120 del Tratado CE han sido sustituidos por los artículos 136 CE a 143 CE). Una disposición nacional como el artículo 24, apartado I, número 3, letra b), del code des pensions civiles et militaires de retraite francés vulnera el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras establecido en el artículo 119 del Tratado, en la medida en que, al conceder el derecho a obtener de inmediato una pensión de jubilación únicamente a las funcionarias cuyo cónyuge padece una incapacidad o una enfermedad incurable que le impide ejercer una profesión, excluye de dicho derecho a los funcionarios que se encuentran en la misma situación*". www.curia.eu.int/jurisp/index.htm

pensiones abonadas en virtud de un régimen, como el régimen francés de jubilación de los funcionarios, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado CE.

En consecuencia, a pesar de la actuación del TJE en algunos asuntos, señala que es necesario fijar una misma edad de acceso a la jubilación para ambos sexos. En este sentido, otra cuestión distinta es la necesidad de eliminar estas medidas paternalistas estableciendo un período transitorio hasta alcanzar la fijación de la misma edad de acceso a la jubilación para ambos sexos. De igual modo, este principio de igualdad de mujeres y hombres no obsta la adopción de instrumentos destinados a establecer medidas diferenciadoras para implementar la justificada protección frente a la situación de marginalidad, que las mujeres sufren para su inclusión en los regímenes profesionales de la seguridad social, así como en el reconocimiento y cuantificación de las prestaciones sociales.

En suma, con estas medidas que determinaban diferente edad de acceso a la jubilación para las mujeres se trataba de compensar la desigualdad histórica que sufren las mujeres. No obstante, consideramos que esta medida establecida en el acceso a la pensión de jubilación encierra en numerosos casos un trato proteccionista para las mujeres basado en la creencia de su menor capacidad intelectual y física de las mujeres. Además, de ese modo podían suponer una merma la cuantificación de las pensiones de jubilación percibidas por las mujeres. De tal manera que las mujeres no precisan de este paternalismo social, dado que las trabajadoras pueden tener la misma vida laboral que un trabajador y asumir mental y físicamente sus mismas obligaciones profesionales, siempre que se acompañen de mecanismos para conciliar la vida profesional y personal, y esta última faceta de la trabajadora no absorba todas sus energías en detrimento de su potencial profesional.

Por otra parte, la siguiente sentencia relaciona la pensión de jubilación y la pensión por muerte y supervivencia. En una línea que a la legislación española no le es ajena, el tje ha resuelto sobre la eliminación de estas medidas falsamente proteccionistas. La stje de 25 de mayo de 2000, Caso 50/99, Podesta resuelve la cuestión prejudicial sobre la interpretación del artículo 119 del tce.

En este asunto, el viudo de la Sra. Podesta reclama el pago de la pensión de supervivencia correspondiente a la mitad de la pensión de jubilación devengada por su esposa[390]. Pero denegada hasta que cumpliese los 65 años, que era la edad fijada para que los viudos puedan percibir una pensión de supervivencia tras el fallecimiento de su esposa. Por el contrario, a las viudas se les permitía acceder a la misma a la edad de 60 años. El fallo del tje ratifica la idea de una igualdad sin que la diferenciación pueda llevar a incurrir en una desigualdad de género[391].

El artículo 119 del tce es aplicable a los regímenes de pensiones complementarias de jubilación, como es el controvertido en el litigio principal, y se opone a que en dichos regímenes se establezcan, desde el 17 de mayo de 1990, una discriminación entre trabajadores y trabajadoras en relación con la edad exigida al cónyuge del fallecido para poder percibir una pensión de supervivencia tras el fallecimiento de dichos trabajadores.

El tje ha intervenido para la garantía del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres en materia de seguridad social. Así, ha anulado todas las diferencias de los requisitos establecidos para el acceso a las pensiones de jubilación, que conllevan que las mujeres viesen sus derechos sociales de algún modo afectados por este paternalismo, que estaba instaurado en la fijación de edades diferentes para el acceso a la pensión de jubilación. Sin embargo, se debe de distinguir de aquellas otras medidas que determinan diferentes requisitos de acceso a las pensiones de jubilación; justificadas estas

390 El Sr. Podesta alegó: "que las disposiciones del anexo I del convenio colectivo de 1947, modificado, según las cuales un viudo debe haber cumplido 65 años para poder percibir una pensión de supervivencia tras el fallecimiento de su esposa, mientras que para las viudas, la edad señalada es de 60 años, constituyen una violación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres". www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

391 Precisa, por ello, el Tribunal que, "una pensión de viudedad prevista en un plan de pensiones de empresa es una ventaja que procede de la participación del cónyuge del superviviente en el plan y está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 119 (sentencia Evrenopoulos, antes citada, apartado 22) (...) Por último, la Directiva 86/378, en su versión modificada por la Directiva 96/97, DOCE núm. L46, de 17-02-97, sobre igualdad entre las mujeres y los hombres en los regímenes profesionales de la seguridad social excluye que los Estados miembros puedan aplazar la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere a la edad de jubilación de los trabajadores por cuenta ajena y a las pensiones de sus supervivientes". www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

diferencias jurídicas en las tradicionales dificultades femeninas para desarrollar su carrera profesional, y compatibilizarla, obligadamente, con su atención a sus obligaciones familiares[392].

3.4.1.3. La protección judicial comunitaria de la maternidad

La protección de las mujeres exige, por su propia capacidad de ser madres, medidas de amparo judicial para evitar que los empresarios/as tomen decisiones de no contratar el trabajo femenino, así como para soslayar que la maternidad desencadene la extinción de la relación laboral. Es decir, se debe de perseguir judicialmente aquellas decisiones empresariales de resolución de contrato derivadas del estado de gestación; decisiones que, también, determinan la discriminación de las mujeres en materia de seguridad social.

Del mismo modo, se deben de garantizar jurisdiccionalmente las acciones destinadas a la igualdad de la responsabilidad de ambos sexos en el cuidado de la familia, es decir, una panoplia de instrumentos jurídicos que dan contenido a la protección de la conciliación de la familia y el trabajo. Esta necesidad se hace patente para eliminar y afrontar los problemas de marginación que tienen las mujeres por su capacidad de ser madres. Estas medidas tienen como fin hacer partícipes a los hombres en el cuidado de la familia, postulado que nace con una clara voluntad de incorporar la figura del progenitor varón de manera activa a la crianza de la prole, y así, rechazar que las mujeres se vean discriminadas por su sexo y su condición de madres, pues es el rol que la sociedad tradicionalmente les asignaban por tal hecho, perturbando su vida laboral y su permanencia en el sistema de protección social.

No obstante, en una línea que en la actualidad está superada, la stje de 12 de julio de 1984, Caso 184/83, Hofmann c. Barmer ErsatzKasse tomó una decisión contraria al interés del reparto equilibrado entre los padres y las madres de las tareas del cuidado de la descendencia, rompiendo con la exigencia del objetivo social comunitario de fomentar, en toda su extensión, medidas para que los padres opten por

[392] Esta medida será efectiva desde el 17 de mayo de 1990, (sentencia Van den Akker, antes citada, en relación al apartado 14).

el disfrute de los permisos parentales, es decir, la stje en este asunto no lo advirtió de ese modo[393]. Eso es, los padres de mutuo acuerdo deciden que tras el descanso obligatorio de la madre sea el padre quien cese en su trabajo para el cuidado del hijo, pero es rechazada la solicitud presentada por el padre de la ayuda económica que estaba establecida para las madres que están en el mismo supuesto.

El tje deniega al padre esta ayuda económica señalando que era una medida de acción positiva fijada por el Estado miembro al objeto de evitar la acumulación de cargas, y proteger a la madre de presiones para su vuelta precipitada al trabajo, considerando que la normativa comunitaria no obliga a que estas medidas sean extensibles al padre. Las ayudas eran establecidas como medidas paliativas a la situación discriminatoria de las mujeres, pero no como una disposición de protección de la familia. Por eso, el tje señaló que no se podía hablar de discriminación de género en este caso, ni conculcación del principio de la igualdad de las mujeres y hombres.

La cuestión plantea dos temas, por un lado, ciertamente el permiso obligatorio de descanso debe ser disfrutado por las madres, puesto que deben éstas recuperarse psíquicamente y físicamente. De esta manera, deben ser fijadas prestaciones para evitar la pérdida de la autonomía económica de las madres, e impedir que se vean presionadas a una incorporación precipitada al trabajo, y por lo tanto, estaba justificado absolutamente el reconocimiento y garantía de este permiso a favor de las mujeres.

Pero, también se debe tener en cuenta aquellas medidas destinadas a favorecer que los descansos o permisos por el cuidado del recién nacido sean solicitados por el padre, porque la crianza de los hijos/as es una responsabilidad, tanto de los padres como de las madres. De esa manera, si esas ayudas se conceden solamente a las mujeres y el permiso lo solicita el padre hay una pérdida económica a la que, habitualmente y con lógica, no está la familia dispuesta a asumir. Por consiguiente, tal deseo de equilibrio en las cargas familiares se puede ver afectado si no se establecen medidas de garantía de recursos económicos, también para los padres, puesto que de no ser así continuarán siendo las madres quienes sean las solicitantes de estos permisos ante el menoscabo económico que ello puede suponer para la unidad familiar.

[393] www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

Sin embargo, es criticable, igualmente, el argumento utilizado por el tje que alude a la especial relación existente entre las madres y los hijos/as. De esa forma, estos argumentos judiciales no ayudaban en nada a hacer partícipes a los padres en las tareas del cuidado de los hijos/as, y en cambio sí a perpetuar los roles de la asignación de tales cuidados únicamente a las madres. Esto es, se debe rechazar aquellos discursos judiciales que sostienen la especial relación materno filiar, porque con esta postura no se hace, sino que mantener el estereotipo de madres responsables de los hijos/as y padres con un papel secundario en el cuidado de la prole.

A este respecto, también se deben de establecer medidas para la protección de las prestaciones por maternidad, así, la stje 8 de noviembre de 1990, Caso 177/88, Dekker c. Stinchting Vormingscentrum voor jong Volwasseneen señala que la demandante es víctima de discriminación de género[394]. En este caso, el demandado es una empresa que decide no contratar a una mujer embarazada por presumir que la aseguradora no le pagará la cantidad que la empresa debería abonar en concepto de maternidad. La empresa argumenta que si la contratase no podría en el momento del descanso por maternidad contratar a un sustituto por motivos económicos, y por lo tanto, le supondría una reducción del personal en plantilla.

El tje consideró que es una discriminación de la trabajadora motivada por su estado de gestación, situación de la que también se considera responsable al Estado. De modo que éste es responsable de la regulación de un orden normativo, que garantice el respeto de las obligaciones resultantes de un compromiso internacional. Tal y como ocurre con la Convención núm. 89, de la oit, a la cual quedan comprometidos la totalidad de los Estados miembros, que exige la regulación en el ordenamiento nacional del permiso de maternidad con las correspondientes prestaciones económicas y sanitarias, para que se evite que el coste que esta situación pudiera suponer para el empresario/a se traduzca en una decisión discriminatoria para la trabajadora al ver entorpecida su contratación.

Por lo tanto, el tje considera que ninguna trabajadora por su embarazo puede ser objeto de discriminación, por ello, se hace al Estado garante de tal protección ante dichos hechos, debiendo hacerse cargo de esta protección por maternidad, bien con cargo directamente al sistema de previsión

[394] Consúltese STJE de 15 de mayo de 1986, Caso 222/84, Jonnston.

social, bien con cargo al Tesoro público[395]. A este respecto se pretende no alterar la autonomía financiera de las madres, pero, tampoco ocasionar un gasto al empresario/a que "justifique" sus reticencias a la contratación de mujeres. En consecuencia, es la socialización de esta situación, porque en el caso contrario, las mujeres verían conculcado su derecho a la igualdad de trato y su derecho al trabajo. De ahí, la demanda de la intervención responsable del poder público como garante e intermediario de los intereses de ambas partes.

En semejante contexto, el tje resolvió sobre la distinción entre las ausencias del trabajo por el embarazo, y aquellas con origen en incapacidades laborales temporales por enfermedad. Planteando dos temas, por un lado, el trato diferenciado que se debía dar a una y otra situación, y por otro lado, que las ausencias del trabajo por un embarazo sólo podían aceptar a las mujeres por su capacidad de gestar, y, por consiguiente, cualquier medida en contra de su permanencia en la empresa debería ser calificada como discriminatoria para las trabajadoras.

De esta forma, la stje de 30 de junio de 1998, Caso 394/1996, Mary Brown v. Rentokil Ltd. resolvió sobre la cláusula de la empresa Rentokil, por la cual en el caso de una baja superior a veintiséis semanas interrumpidas se despediría al trabajador afectado, fuese hombre o mujer, incluyendo ausencias motivadas por el embarazo[396]. El tje considera que la Directiva 76/207/CEE se opone al despido de una trabajadora en cualquier momento de su embarazo. De esa forma, las ausencias debidas por incapacidad laboral motivada por enfermedad causada por dicho embarazo no podían ser determinantes del despido de la trabajadora. El despido no puede equipararse a una simple ausencia del trabajo, es decir, no puede fundarse en motivos basados en la incapacidad derivada de su estado para desempeñar su actividad laboral. Por lo tanto, este despido, de la demandante embarazada, debido a sus ausencias laborales justificadas por motivo de la gestación se entiende que es discriminatorio para las mujeres.

[395] De ese mismo modo, el órgano jurisdiccional comunitario se ha manifestado en la STJE 3 de febrero de 1994, Caso 13/93, *Office National de L´emploi* sobre la base del artículo 5.1 de la Directiva 76/20 y la STJE de 5 de mayo de 1994, Caso 421/92, *Habermann-Beltermann*, ST de 14 de julio de 1994, Caso 32/93, *Carble Louisse Web*. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[396] www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

En esta misma línea de protección de la maternidad y de los derechos económicos que deben ser abonados en durante este período, la stje de 21 de octubre de 1999, Caso 333/97, Lewen c. Lothar Denda reconoce que deben retribuirse estas prestaciones, aunque hayan sido devengadas en períodos anteriores[397]. En este caso, el tje resuelve sobre el carácter de las gratificaciones extraordinarias otorgadas voluntariamente por el empleador.

El fallo judicial comunitario considera que es un concepto integrado dentro del campo de aplicación del artículo 119 del tce, aunque sea una cantidad concedida voluntariamente por el empresario/a y sea abonada como incentivo. Así, "El artículo 119 del Tratado se opone a que un empleador excluya por completo a los trabajadores femeninos, que disfruten de su permiso parental del pago de una gratificación de carácter voluntario concedida como una prestación excepcional con motivo de la Navidad, sin tomar en consideración el trabajo realizado durante el año en que se concede la gratificación, ni los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo), cuando dicha gratificación tiene la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año".

Por el contrario, ni el artículo 119 del Tratado, ni el artículo 11.2 C) de la Directiva 96/34/CE del Consejo de 3 de junio de 1996 se oponen a que un empleador/a, al conceder una gratificación de Navidad, tenga en cuenta con el objeto de reducir proporcionalmente la retribución, los períodos de descanso por maternidad (prohibición del trabajo). Se hace una distinción indicando que no sería retribución esta serie de complementos, y, por lo tanto, las mujeres no tendrían derecho a tales conceptos en el caso de aplicación de las medidas previstas por la normativa sobre seguridad e higiene durante el embarazo y la lactancia[398].

No obstante, se admite que las mujeres que disfruten de un permiso por maternidad no vean por tal hecho menoscabados sus derechos económicos, aunque la paga de que se trate sea voluntaria y

397 www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm
398 Artículo 11, número 2, letra b), de 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. Específica de acuerdo al artículo 16.1 de la Directiva 89/391/CEE.

excepcional con la finalidad de retribuir retroactivamente el trabajo realizado durante ese año, y siempre que en el período de referencia las madres hubiesen estado en activo[399].

Con esta decisión se plantean dos cuestiones novedosas que servirán de inspiración a la legislación comunitaria, y con posterioridad a los Estados miembros. Esto es, se reconoce que el Estado es responsable de esta situación, por lo tanto socializa el problema. Asimismo se considera que la situación de embarazo no podrá dar lugar a la extinción del contrato sobre la base del coste que ello pudiera suponer para la empresa, puesto que es el Estado el responsable de asumir la protección de dicha contingencia.

Aspecto que está muy relacionado con la cuestión tan debatida sobre la obligación o no de informar por parte de las trabajadoras al empleador/a de sus embarazos en el momento de la contratación. La stje de 4 de octubre de 2001, Caso 109/00, Hojesteret resuelve sobre el siguiente caso: la demandante contratada por Tele Danmark en julio de 1995, por un período de seis meses, con una formación de dos meses, fue despedida a partir del 30 de septiembre por no haber comunicado su estado de gestación, cuando el parto estaba previsto para el mes noviembre[400].

De tal forma considera el tje que, "El despido de una trabajadora por razón de su embarazo constituye una discriminación directa basada en el sexo que es contraria al artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207 "[401]. Por ello, será de aplicación el artículo 5, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE del

[399] El artículo 119 del Tratado, ni el artículo 11, número 2, letra b), de la Directiva 92/85/CEE, ni la cláusula 2, apartado 6, del Anexo de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

[400] Artículo 10, apartado 1, de dicha Directiva 92/85/CEE: *«Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras [...] durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad [...], salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo.«1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que las trabajadoras a que se refiere el artículo 2 disfruten de un permiso de maternidad de como mínimo catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales. 2. El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales».*

[401] En este mismo sentido, el TJE se manifiesta en las siguientes resoluciones: sentencias de 8 de noviembre de 1990, Caso 179/88, Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund, (Rec. p. I-3979, apartado 13), sentencia de 5 de mayo de 1994, Caso 421/92, Habermann-Beltermann, (Rec. p. I-1657, apartado 15), y sentencia de 14 de julio de

Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en orden al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. Igualmente, el artículo 10 de 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 - Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE -[402].

De tal manera, que se hace fundamental la protección ante cualquier posible alteración de la relación laboral que tuviese su origen en el estado de gestación de las madres, o bien en el período posterior al parto, así como en el caso de disfrute del permiso por lactancia. Por eso, la necesidad de proteger este período, porque en el caso contrario a las mujeres se les estaría negando su derecho a ejercer la maternidad, y se les incitaría a interrumpir voluntariamente su embarazo.

En definitiva, salvo que se justifique por otras causas, no puede existir excepción a la contratación de mujeres en estado de gestación, no siendo suficiente que se aleguen eventuales perjuicios económicos sufridos por el empresario/a derivados del descanso de maternidad[403]. Las mujeres deben ver sus derechos sociales protegidos y no menoscabados por el hecho de su capacidad para ser madres, con independencia de la duración del contrato y del puesto desempeñado.

El legislador comunitario procede a la regulación en el artículo 10 de la Directiva 92/85 fijando una protección especial en favor de estas trabajadoras. Se impone la prohibición del despido durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad[404].

1994, Caso 32/93, Webb, (Rec. p. I-3567, apartado 19). En este caso, la trabajadora embarazada es contratada para sustituir a otra trabajadora embarazada, su estado de gestación reconoció el TJE fue determinante para su despido y por lo tanto se estaba en presencia de una discriminación por sexo-. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[402] De esa misma manera, la STJE de 30 de abril de 1998, en el Caso 136/95, *Thibault v. Cnaut,* (Rec.p.I-2011), considera que los artículos 2.3 y 5.1 de la Directiva 76/207/CEE se oponen a una normativa nacional que prive a una mujer del derecho a ser calificada, y en consecuencia, de poder beneficiarse de una promoción profesional, que tiene su origen en haber estado ausente de la empresa debido a un permiso por maternidad. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[403] Con esta misma línea, la sentencia de 8 de noviembre de 1990, Caso 177/88, *Dekker*, (Rec. p. I-3941, apartado 12), sentencia de 3 de febrero de 2000, Caso 207/98, *Mahlburg,* (Rec. p. I-549, apartado 29).

[404] www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

En esta misma medida se plantea con relación a la protección de seguridad e higiene de las trabajadoras, la comunicación o no del estado de gestación a los empresarios/as. Así, la stje 27 de febrero de 2003, Caso 320/01, Busch y Klinikum Neustadt GmbH & Co. Betriebs-KG resuelve manteniendo la no obligación de las mujeres de dar a conocer a la empresa su estado de gestación, situación que no vicia los posibles acuerdos entre el empresario/a y la trabajadora[405]. Produciéndose en este asunto una discriminación directa de la empresa, que desea impugnar su consentimiento por el que se permitía a la trabajadora reincorporarse anticipadamente de su permiso parental. La sentencia señala que la normativa comunitaria otorga protección antes y durante la relación labora. De ese modo es lícita la no comunicación de la trabajadora de su futura maternidad, ya que como puede comprobarse dicha comunicación le hubiese supuesto una discriminación laboral al ser despida por la nueva situación de gestante.

En este sentido, la normativa aplicable es el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en razón del acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que unas trabajadoras, que con el consentimiento de su empresario/a desean reincorporarse a su puesto de trabajo antes de finalizar su permiso maternal, estén obligadas a informar a éste de sus embarazos, cuando a causa de determinadas prohibiciones legales de trabajo no puedan ejercer algunas de sus funciones. El artículo 2, apartado 1 de la Directiva 76/207/CEE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un empresario/a pueda, en virtud del Derecho nacional, impugnar el consentimiento que ha dado para la reincorporación de unas trabajadoras a su puesto de trabajo antes de finalizar un permiso parental para crianza, cuando sea debido a que estas trabajadoras estaban de nuevo embarazadas.

Por otra parte, cuando ya se ha formalizado la relación laboral, es necesario dar amparo judicial a la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo, así, en el momento de ejercer la maternidad se tratará de que las trabajadoras no vean su posición laboral afectada tal ejercicio. Esta pretensión se deberá de acompañar con ayudas y medidas de orden social y económico.

405 www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

Estas acciones afectarán, tanto al carácter económico como estructural, permitiendo la plena equiparación entre los sexos no sólo como trabajadores/as, sino, también como padres y madres, es decir, las medidas deben buscar una igualdad real en el reparto de las responsabilidades familiares. Sin embargo, cuando se hable de medidas establecidas para no afectar el trabajo profesional de las madres, debe ser su definición prudente, porque en el caso contrario se puede provocar que esas medidas a priori a favor de las mujeres, justifiquen que continúen siendo ellas quienes preferentemente abandonen su puesto de trabajo para el cuidado de los hijos/as.

Por otra parte, la stje de 18 de marzo de 2004, Caso 342/01, María Paz Merino Gómez c. Continental Industrias del Caucho, S.A resuelve sobre la cuestión planteada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de Madrid, con relación al litigio entre María Paz Merino Gómez y Continental Industrias del Caucho, S.A.[406]. El asunto se refiere a la coincidencia del período de descanso maternal y las vacaciones; así, la Sra. Merino Gómez que disfrutaba de baja maternal el 5 de mayo al 24 de agosto de2001, y a pesar de ser un turno excepcional el mes de septiembre, la Sra. Merino González solicitó disfrutar de vacaciones desde el 25 de agosto al 21 de septiembre de 2001 o, subsidiariamente, desde el 1 de septiembre al 27 de septiembre de 2001. Es decir, un período de vacaciones a continuación del término del período de su baja por maternidad. Continental Industrias no concedió a la Sra. Merino Gómez el período de vacaciones reclamado[407].

En los antecedentes judiciales, en España, se consideró que las trabajadoras no tienen derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales en período distinto de establecido por Convenio Colectivo, "pues *primaría el respeto a lo así pactado sobre el derecho individualizado al disfrute por parte de la trabajadora*".

[406] www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

[407] El antecedente de esta actuación judicial en España se respaldaba en las resoluciones de varios TSJ de distintas Comunidades Autónomas, esto es, en sus sentencias de 30 de noviembre de 1995 y de 27 de junio de 1996, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en sentencia de 10 de febrero de 2000, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en sentencia de 7 de diciembre de 1999, y el de Madrid, en sentencia de 13 de julio de 1999. www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

Sin embargo, el TJE se pronunció favorablemente de acuerdo al artículo 7.1, de la Directiva 93/194. Los Estados miembros deben adoptar medidas para garantizar que los trabajadores/as disfruten de cuatro semanas de vacaciones al año retribuidas, sin que sea posible ningún tipo de excepción[408]. De ese modo, la jurisprudencia europea reconoce que el derecho a disfrutar de vacaciones anuales es diferente del derecho al permiso de maternidad. Este último tiene por objeto, por una parte, la protección de la condición biológica de las mujeres durante su embarazo y después de éste, y, por otra parte, la protección de "las particulares relaciones entre las mujeres y sus hijos/as" durante el período que sigue al embarazo y al parto[409].

En consecuencia, en este caso al coincidir las fechas de un permiso de maternidad de una trabajadora y las de las vacaciones anuales de la totalidad de la plantilla no pueden considerarse cumplidas las exigencias de la Directiva relativas a las vacaciones anuales retribuidas. De esa forma, conforme al artículo 5, apartado 1 de la Directiva 76/207 debe de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales durante un período distinto del de su permiso de maternidad. Por lo que deberían adoptarse medidas para garantizar este derecho, tanto en la norma legal como en las normas convencionales. Asimismo, el artículo 11, apartado 2, letra a) de la Directiva 92/85 dispone que en el caso de un permiso de maternidad deberán garantizarse los derechos

[408] La normativa comunitaria aplicable a este asunto fue la siguiente: el artículo 7.1 de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, y el artículo 11, apartado 2, letra a), de 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 (Décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y el artículo 5, apartado 1, de 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 empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo han de interpretarse en el sentido de que una trabajadora deberá poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, también en caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general, mediante un acuerdo colectivo, para las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla. El artículo 11, apartado 2, letra a), de la Directiva 92/85 ha de interpretarse en el sentido de que se refiere también al derecho de una trabajadora que se encuentre en unas circunstancias como las del asunto principal a unas vacaciones anuales más largas, establecidas por la normativa nacional, que las vacaciones mínimas establecidas por la Directiva 93/104.

[409] Asimismo se ha expresado en las sentencias de 12 de julio de 1984, Caso 184/83, *Hofmann*, (Rec. p. 3047, apartado 25); y las sentencias mencionadas de los casos *Thibault*, (apartado 25), y *Boyle y otros,* (apartado 41).

inherentes al contrato de trabajo de las trabajadoras distintos de los indicados en la letra b) de la misma disposición, porque la maternidad no puede dar lugar a una situación discriminatoria para las mujeres.

Por otro lado, cuando un Estado miembro haya optado por una duración de las vacaciones anuales más larga que la duración mínima establecida por la Directiva; también será de aplicación este derecho de vacaciones anuales más largas para las mujeres que han disfrutado de un permiso de maternidad según el artículo 11, apartado 2, letra a) de la Directiva 92/85.

En suma, el TJE afirma en este asunto que se debe de interpretar de manera que una trabajadora podrá disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto del de su permiso de maternidad, e incluso, en el caso de coincidencia entre el período de permiso de maternidad y el fijado con carácter general. También, cuando las vacaciones anuales del conjunto de la plantilla se hallan establecido mediante un acuerdo colectivo.

La argumentación se establece sobre la base de que las trabajadoras durante el disfrute del permiso de maternidad tendrán el derecho a mantener las condiciones económicas, sociales y de cualquier otra índole que se deriven del contrato de trabajo. Estas pervivirán con independencia del marco normativo en el que son generadas, porque de no ser mantenidos estos derechos se estará en presencia, con origen en una discriminación en virtud de su sexo, de una infracción del derecho de igualdad de trato. En consecuencia, se deben de garantizar a hombres y a mujeres las mismas condiciones sociolaborales, sin discriminación por razón de sexo.

A este respecto sobre la garantía de las condiciones sociales durante la maternidad, la STJE de 30 de marzo de 2004, Caso 147/02, *Michelle K. Alabaster y Woolwich plc, Secretary of State for Social Securit,* entró a conocer el caso por el cual la Sra. Alabaster a partir del 8 de enero de 1996 disfrutó de un permiso de maternidad, por lo que estaba percibiendo una prestación legal de maternidad a partir de la semana del 7 de enero de 1996, según lo previsto en su contrato de trabajo[410]. Sin embargo, a pesar del

[410] www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

previo aumento de salario -diciembre del 1995-, éste no se tuvo en consideración para cuantificar la prestación que por maternidad le correspondía a la trabajadora.

El TJE con respecto a la Directiva 92/85 señaló que los Estados miembros debían de adaptar sus Derechos internos a más tardar el 19 de octubre de 1994, y, además, se considera que el empresario/a que abona un salario, en virtud de disposiciones legislativas o en razón de convenios colectivos, a una trabajadora durante su permiso de maternidad constituye una retribución en el sentido del artículo 119 del Tratado y de la Directiva 75/117.

No obstante, el tje matizó que las interesadas no pueden acogerse a lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado para exigir que durante su permiso de maternidad se mantenga su retribución íntegra, como si continuasen ocupando efectivamente su puesto de trabajo análogamente al resto de sus compañeros. Si bien, el principio de no discriminación exige que la trabajadora, que continúa vinculada a su empresario/a por el contrato o la relación laboral durante el permiso de maternidad, disfrute como cualquier trabajador, incluso de modo retroactivo, de un aumento salarial que haya tenido lugar entre el comienzo del período cubierto por el salario de referencia y el final del permiso de maternidad. En efecto, excluir a la trabajadora del mencionado aumento durante su permiso de maternidad constituye una discriminación, puesto que si no hubiese estado embarazada, la mujer habría percibido el salario incrementado.

En consecuencia, el importe de la retribución que corresponde a la trabajadora durante su permiso de maternidad, incluye todo aumento de salario que se produzca después del comienzo del período cubierto por el salario de referencia, sin limitarse únicamente al supuesto en que el aumento se aplique retroactivamente a dicho período.

Por último, con relación a la excedencia por cuidado de un hijo/a y su cómputo a efectos de cálculo de prestaciones sociales, la sentencia de 8 de junio de 2004, en el Caso 220/02, Österreichischer Gewerkschaftsbund, Gewerkschaft der Privatangestellten c. Wirtschaftskammer Österreich señaló que

entre quienes se acogen a la excedencia por cuidado de hijos, a pesar de que el 98,253 % son mujeres y sólo el 1,747 % restante son hombres, es una situación voluntaria[411].

Además, se indica que no puede perder su carácter voluntario a causa de las dificultades para encontrar guarderías adaptadas para el cuidado de niños de muy corta edad, "*por muy lamentable que pueda ser tal situación*". En suma, no se está en presencia de discriminación de género por la falta de cómputo de este período a efectos de cálculo de prestaciones por desempleo. El TJE no tiene en cuenta que, aunque estos períodos de excedencia por cuidado de hijos/as sean voluntarios, se trata de una situación, y los datos así lo muestran, que afecta fundamentalmente a las mujeres.

En última consideración, se puede apreciar una evolución significativa a favor de la igualdad de mujeres y hombres aproximando legislaciones sociales, eliminando los obstáculos para la igualdad de trato de las mujeres en materia de seguridad social, así como, el objetivo de hacer participes a los hombres las responsabilidades familiares. Pero no se obvia que resoluciones como la última citada dificulta dar efectividad real al derecho fundamental de la igualdad de los derechos sociales de las mujeres, porque la realidad social impone un tratamiento jurídico acorde a la misma. Esto es, cuando los datos muestran que siguen siendo las mujeres quienes solicitan estos permisos, licencias y excedencias se están exigiendo un tratamiento diferenciador por parte del ordenamiento jurídico comunitario en materia de seguridad social, y una especial, protección por el TJE.

3.4.2. Ánálisis de la normativa europea sobre la seguridad social y mujeres

La relación del sistema de la seguridad social y las mujeres la formulamos desde una doble perspectiva, por un lado, el planteamiento del sistema de la seguridad social como instrumento que otorgar prestaciones materiales en condiciones reguladas en relación con enfermedades, accidentes, vejez, desempleo o protección a la maternidad. Por otro lado, desde la dimensión de género se trata de la aplicación progresiva del principio de igualdad en materia de seguridad social y que es referido a la ausencia de discriminación, directa e indirecta, por razón de sexo, matrimonio o estado familiar respecto

411 www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

de la protección social que reciben las mujeres con relación a la incorporación a los regímenes profesionales, la obligación y cálculo de la cotización y de las prestaciones[412].

El progreso económico y social europeo se corresponden al reconocimiento de los derechos sociales que engrosa, desde la justicia social, el libre desenvolvimiento de la personalidad que se ve perfeccionado con la igualdad de trato de mujeres y hombres. Por ello, adquiere mayor relevancia la existencia de un adecuado sistema de seguridad social, y de ese modo se convierte en el fin programático de la ue en su dimensión social, porque el nivel y la calidad de vida es un objetivo substancial en la Comunidad. De ahí, que en los postulados de la ue esta voluntad esté recogida en la necesidad de modernizar y mejorar los sistemas de protección social como medio para intensificar el desarrollo y la renovación de un Estado social activo y dinámico en la Europa social.

En este orden, el artículo 140 y 141 (antiguos artículos 117 y 118) señalan que la Comunidad y los Estados miembros teniendo presentes derechos sociales fundamentales establecidos en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, de 1989 deberán formular un sistema de seguridad social, que tendrá como objetivo (...) la mejora de las condiciones de vida y de trabajo a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso. A este respecto, se debe de añadir que para dar contenido a los derechos sociales se acude a los derechos y objetivos sociales que se recogen en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961.

En esta misma medida, el artículo 32 de la mencionada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que se reconoce y respetará el derecho de acceso a las prestaciones de la seguridad social y servicios sociales, que deberán otorgar una protección en el caso de maternidad, enfermedad, accidente de trabajo, desempleo o vejez; siendo el marco jurídico para su desarrollo el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales.

---

[412] PÉREZ DEL RÍO, TERESA, *El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario*. En VVAA., *La igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

Desde la UE se considera que se deberá favorecer la armonización de los sistemas sociales, y así, el Consejo podrá adoptar, mediante Directivas, las disposiciones mínimas que habrán de aplicarse progresivamente a la par que se deberá tener en cuenta las condiciones y reglamentaciones técnicas existentes en cada uno de los Estados miembros. Además, se implementarán medidas, por parte del Consejo, destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante iniciativas para mejorar el conocimiento, y desarrollar el intercambio de información y de buenas prácticas. Al propio tiempo que se promoverán fórmulas innovadoras y experiencias de evaluación con el fin de luchar contra la exclusión social femenina.

Las obligaciones de los Estados miembros sobre la igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el sistema de la seguridad social se programan en la eliminación de las medidas legales, administrativas, reglamentarias y convencionales. Así como en la adecuada protección jurisdiccional al derecho a la protección social en términos de igualdad de sexos, a la vez que se deberá establecer disposiciones precisas para alcanzar tal objetivo.

La igualdad de oportunidades de las mujeres en el marco laboral y la igualdad de trato en materia de seguridad social como objetivo de la ue no ha sido alcanzada[413]. Así, la que reconoce que las

[413] pérez del río, teresa, El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario. En vvaa., La igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral. Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997, págs. 44-45. No obstante, los índices muestran que las mujeres son ocupan habitualmente puestos de trabajo con contratos a tiempo parcial, por ello, para eliminar las discriminaciones que sufrían las mujeres en el ejercicio del derecho a la seguridad social se aprueba la Directiva 93/104, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, DOCE núm. L 307 de 13-12-1993, modificada por la Directiva 2000/334/CE del Parlamento y Consejo, DOCE núm. L 95 de 18-01-2000. Sobre este mismo tema, sirva para dar cuenta, los siguientes asuntos resueltos por el TJE que relacionan contrato de trabajo, protección social y mujeres. Esto es, la STJE de 13 de diciembre de 1989, Caso 102/88, Ruzius consideró que la normativa social holandesa en su artículo 10 era contraria a la Directiva 79/7/CEE, puesto que en la misma se preveía la concesión de un subsidio en situación de incapacidad temporal en cuantía determinada por las necesidades de supervivencia y no de la retribución profesional, previamente, recibida por el sujeto protegido. Sin embargo, esta previsión no se consideraba aplicable a los contratos a tiempo parcial, ya que estos trabajadores/as recibían, de ordinario, una prestación menor importe. En este orden, el TJE entendió que era una medida discriminatoria, puesto que esta modalidad de contrato era fundamentalmente femenina, y, por consiguiente, se estaba en presencia de una discriminación indirecta por no tener justificación razonable y objetiva. Pero, en la sentencia de 4 de diciembre de 1995, Caso 444/93, Megner-Scheffel y la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Caso 317/93, Nolte se consideran que los trabajos marginales o insignificantes tienen la protección social reducida, e incluso, que cabe la posibilidad

mujeres continúan siendo objeto de discriminación en referencia a la percepción de prestaciones, pues vale decir, que son perceptoras de pensiones en menor número y cuantía. Por consiguiente, desde la Comunidad se señala que los Estados deben adoptar medidas para la corrección de esta situación de desigualdad, aunque, si bien, se reconoce que llevará su tiempo.

A este respecto, se plantea la obligación de los Estados miembros de establecer medidas en los términos del artículo 3.2 de la Directiva 76/207/CEE, que indica que los Estados miembros deberán suprimir y anulan las disposiciones normativas que sean contrarias al principio de igualdad de trato de mujeres y hombres: Además, se reconoce que tienen la obligación de procurar las medidas de transposición para dar efectividad a las respectivas Directivas, manteniendo el control sobre el ordenamiento jurídico para eliminar cualquier disposición, incluyendo a los Convenios Colectivos que sean contrarios a las Directivas

En esta línea, se deben de diseñar programas para la reincorporación de las mujeres tras la maternidad, al mismo tiempo que se deberán de establecer medidas para el aprovechamiento del permiso parental por parte de los padres. Todo ello acompañado de una panoplia de medidas adecuadas y efectivas, que sean acordadas dentro del marco de la negociación colectiva con el objeto de compatibilizar familia y profesión[414].

---

de eliminar la protección de algunas prestaciones sociales. En este asunto se reconoce que las mujeres son las principales trabajadoras que ocupan estos tipos de puesto de trabajo. No obstante, el Tribunal señala que, aunque, la medida del ordenamiento jurídico nacional perjudique a un número elevado de mujeres, desde su apariencia neutra, cabe la posibilidad de exclusión de este principio de igualdad de trato, cuando los Estados miembros lo consideren necesario para la consecución de los objetivos de su política social, siempre, que se trate de medidos escogidos son los adecuados; en este caso, se aducía cuestiones presupuestarias al establecer equivalencia entre las cotizaciones pagadas por los asegurados, los empleadores y la cuantía y pago de las prestaciones. Además, se justificaba en cuanto a que la política de empleo se sustentaba en la existencia de este tipo de contratos para atender a la demanda social de empleos marginales que el Gobierno estimaba necesario atender en el marco de su política social, debiendo fomentarlos, de tal manera que el único medio de hacerlo en el marco del sistema de la seguridad social alemán era la exclusión de este tipo de empleos de una parte significativa de la protección social obligatoria.

[414] MARTÍN ARRIBAS, JOSÉ, *Una de las claves del actual modelo social europeo: la negociación colectiva.* En MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. Y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, (Dir. y editor), *Política Social Internacional y Europea, Op. cit.,* págs. 357- 390.

No obstante, los avances en materia de seguridad social deben de afrontarse desde la cooperación entre los Estados miembros, y a través de los intercambios de experiencias y mejores prácticas. Por eso, la necesidad de mejorar las redes de información y cooperación entre las distintas instituciones sociales de los Estados miembros.

En este sentido, la Decisión del Consejo, de 4 de octubre de 2004, modifica el Comité de Protección Social, derogando la Decisión 2000/436/CE, de 29 de junio de 2000[415]. Esto es, con esta Decisión se refuerza como competencias del Comité su función de consulta sobre estas cuestiones, así como la capacidad de adoptar medidas para el fomento a la cooperación entre los órganos de la seguridad social nacionales y la Comisión. Además de su colaboración en materia de políticas de protección social, que se desarrollará respetando plenamente las disposiciones del Tratado y teniendo debidamente en cuenta las competencias de las instituciones y órganos de la Comunidad[416].

El ordenamiento jurídico comunitario, en materia de seguridad social con relación a la dimensión de género, se establece en orden a lo señalado anteriormente. Es decir, el sistema de la seguridad social de acuerdo al artículo 140 TCE se convierte en el instrumento para alcanzar la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la ciudadanía europea, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso.

De esta forma, en cumplimiento del artículo 1 y 2 de la Directiva 76/207/CEE se aprueba la Directiva 79/7/CEE, de 19 diciembre de 1978 sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de seguridad social[417]. Con esta Directiva se implementa una serie de disciplinas con el fin de eliminar todo tipo de discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo que pudiera mostrarse en aplicación del sistema de protección social.

---

[415] Decisión 2004/689/CE, *DOCE núm. L 314/8, de 13-10-2004*, por la que se crea un Comité de protección social y se deroga la Decisión 2000/436/CE, de 29 de junio de 2000, *DOCE núm. L 172, de 12 de julio de 2000*. Consúltese las Conclusiones de 17 de diciembre de 1999 y las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de los días 23 y 24 de marzo de 2000.

[416] Las tareas de este Comité serán: a) hacer un seguimiento de la situación social y el desarrollo de las políticas de protección social de los Estados miembros y de la Comunidad; b) fomentar el intercambio de información, experiencia y buenas prácticas entre los Estados miembros y entre éstos y la Comisión; c) sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 207 del Tratado, elaborar informes, emitir dictámenes o emprender otras actividades en los ámbitos que sean de su competencia, ya sea a petición del Consejo o de la Comisión, ya por propia iniciativa.

[417] Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978. *DOCE núm. L 006, de 10-01-1979.*

De tal manera, que la igualdad de mujeres y hombres en materia de seguridad social se puede plantear con respecto a tres aspectos. Primero, en cuanto a que el sexo, la maternidad o el estado civil no pueden suponer una discriminación para las mujeres en el acceso al sistema de la seguridad social, ni a ningún régimen profesional. Segundo, la condición sexual no determinará desigualdades en el trato en orden al establecimiento de la obligación de cotizar, ni en cuanto al cálculo de la cuota a ingresar. Por último, en tercer lugar, la igualdad de mujeres y hombres estará presente en el cálculo de la totalidad de las prestaciones sociales[418].

Por ello, para alcanzar este objetivo de forma semejante a lo mencionado en reflexiones precedentes, los Estados miembros para lograr la igualdad de sexos en materia de seguridad social deberán implementar medidas para eliminar y anular aquellas disposiciones jurídicas contrarias a este fin social en razón de lo establecido en el artículo 5 de la Directiva 79/7/CEE. Asimismo se reconoce que frente al déficit social detectado en esta materia se hace necesario, por parte de los Estados miembros, de la adopción de medidas para dar el debido cumplimiento a este contenido (artículo 8).

En consecuencia, se considera que no basta con la aproximación legislativa entre los Estados miembros, sino que se deben de establecer disposiciones reguladoras de la igualdad de trato de mujeres y hombres en la determinación del sistema de seguridad social y de su contenido. Al mismo tiempo que constituir mecanismos judiciales de protección al principio de igualdad de sexos en el sistema de seguridad social (artículo 6).

En este mismo orden, complementando a la anterior norma, se aprueba la Directiva 86/378/CEE, de 24 de junio de 1986, modificada el 20 de diciembre de 1986, que tiene como objeto la igualdad en los regímenes profesionales de la seguridad social de la seguridad social. De esa forma, se pretende proporcionar adecuadas y precisas prestaciones sociales a los trabajadores/as por cuenta ajena, autónomos, inválidos y jubilados encuadrados en empresas o grupos de empresas, e incluidas las prestaciones familiares, pero sin comprender a la protección por maternidad[419].

---

[418] MONTOYA MELGAR, ALFREDO Y GALIANA MORENO, JESÚS M. Y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, *Derecho social europeo*, *Op. cit*., págs. 64-64-66.
[419] *DOCE núm. L 225, de 12-08-1986*.

En esta línea de equiparación de los diferentes regímenes profesionales, la Directiva 86/613/CEE, Consejo, de 11 diciembre 1986 se establece el principio de igualdad de trato entre los hombres y las mujeres en materia de los regímenes profesionales de la seguridad social de autónomos. Su regulación hace remisión a la anterior Directiva, de ese modo se prohíbe toda discriminación a las mujeres autónomas por razón de su sexo, estado civil, o estado familiar[420]. Además, los Estados miembros deben de incorporar medidas de protección social para las trabajadoras autónomas en aras de dispensar protección social durante el estado de gestación y tras el parto.

Esta Directiva es modificada por la Directiva 96/97/CE, del Consejo de 20 de diciembre de 1996[421]. En este contexto normativo, fundamentado en la sentencia indicada de 17 de diciembre de 1990, Caso 262/88, Barber, se considera que las medidas son contrarias al principio de igualdad de trato, cuando, directa o indirectamente, por razón de sexo se discriminan a las mujeres en el tratamiento dispensado por el sistema de la seguridad social de cualquier Estado miembro, tanto en el acceso al mismo como en los requisitos para acceder a la protección material.

En este sentido, se atiende a la protección en términos de igualdad de las mujeres durante el ejercicio de la maternidad. Esto es, esta Directiva, por primera vez, en el artículo 5.2 regulaba el permiso parental en el caso de maternidad y adopción. De esta manera, y como corresponde a la formula jurídica utilizada, prevé que su contenido debía estar desarrollado y establecido por el oportuno proceso de garantía a más tardar el 1 de enero de 1993. En líneas semejantes a las citadas, se debían adoptar, por parte de los Estados miembros, todas las medidas necesarias para eliminar y modificar las disposiciones contrarias al principio de igualdad. Además, de segregar aquellas otras que impidiesen o dificultasen la adquisición de derechos sociales que afectasen a las mujeres (artículo 13). Al propio tiempo se considera

[420] Se extiende esta preocupación al régimen de protección de los autónomos, esto es, la Directiva del Consejo (86/613/CEE) de 11 de diciembre de 1986 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas. Marca la igualdad entre hombres y mujeres en su trato en materia de seguridad social, incluyendo, a las personas que están en el mercado de trabajo o a aquellas que han dejado de estar por causa de la materialización de alguno de los riesgos contemplados en la propia Directiva. *DOCE núm. L 359, de 19-12-1986.*

[421] Directiva 96/97/CE del Consejo de 20 de diciembre de 1996, por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social. *DOCE núm. L 046, de 17-02-1997.*

que para ver garantizado estos derechos se deberán establecer mecanismos para poder postular su protección ante los órganos judiciales (artículo 10).

Por esa parte, la regulación de medidas para la conciliación de la vida familiar y profesional se aborda por la Directiva 96/34/CE, de Consejo, de 3 de junio de 1996, dirigida a aplicar el Acuerdo Marco sobre el Permiso Parental de 14 de diciembre de 1995. La Directiva 96/34/CE, de 3 de junio de 1996 regula el acuerdo marco sobre el permiso parental por maternidad y adopción. Eso es, esta normativa es el resultado del consenso y de la negociación y de la participación de distintos agentes sociales al ser concluido por la UNICE, el CEEP, y CES[422]. Esta Directiva, como vemos en los capítulos siguientes, es transpuesta al ordenamiento jurídico español por la Ley Conciliación de la Vida Familiar y Laboral 39/1999. Dicho de otro modo, su objetivo es ampliar y mejorar los supuestos de permisos y licencias por cuidado de hijo/a, y por cuidado de familiares en un intento de conciliar la vida familiar con la vida profesional femenina[423].

En esa línea es destacable la necesidad que se plantea de iniciativas legislativas a favor de impulsar la participación activa del padre en la vida familiar, así como la adopción de instrumentos destinados a fomentar que sea el padre quien solicite el ejercicio de los distintos permisos establecidos para el cuidado familiar, pues hasta el momento lo habitual era que su utilización fuese a cargo de las mujeres, porque sólo desde esta perspectiva se posibilita que la maternidad deje de ser para las mujeres causa de discriminación[424].

Sirva para dar cuenta de este objetivo social comunitario, que su contenido es circunscrito en el reconocimiento de un permiso por adopción o nacimiento de un hijo/a, para poder ocuparse del mismo

---

[422] Consultar, 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,* Madrid, La Ley, 1999.

[423] Hace reseña de los artículos 23.1 y 24.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre 1966, asimismo, los principios 7, 8, 16, 17 de la parte I y el artículo 16 de la parte II de la Carta Social Europea, sobre permisos parentales, que si bien no se regulan de forma concreta por la seguridad social, si proporciona una doble referencia imprescindible.

[424] Sobre esta premisa, FREUDENSCHUSS-REICH, *El Derecho a la igualdad de los sexos. Modificaciones necesarias al Tratado de la Unión Europea*, págs. 135-166. Citado por, MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M., *La Protección Internacional de los Derechos de la Mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996, pág.101.

durante un período mínimo de tres meses hasta una edad determinada, que debe definirse por los agentes sociales, o bien, por los Estados miembros. De esa manera, se establece que este permiso puede tener una duración de hasta ocho años, computados desde el nacimiento del hijo/a.

En este mismo contexto de decisiones se determinará si el permiso comprende o no toda la jornada, conservándose el derecho adquirido o en vía de adquisición, y en su caso si su concesión se subordina a la exigencia de antigüedad como máximo un año. Al propio tiempo, se regulará la posibilidad de que el empresario/a resuelva posponer la concesión del permiso por motivos relacionados con el funcionamiento de la empresa.

Asimismo, se establece que debe otorgarse protección frente al despido relacionado con el ejercicio de estos permisos y licencias por cuidado de familiares, a la vez que se preveía la necesidad mejorar las ausencias justificadas por motivos familiares.

La propia dinámica social europea tiene reflejo en el marco de la protección jurídica del permiso parental en el caso de maternidad y adopción, pues, nuevamente, es objeto de modificación por la Directiva 97/75/CE, de 15 de diciembre de 1997, que establece en su ámbito de aplicación al Reino Unido, que hasta el momento se había mantenido al margen respeto de la normativa social comunitaria existente sobre esta cuestión. Además, esta Directiva establece las condiciones mínimas en relación con el permiso parental y la baja laboral por motivos de fuerza mayor.

Por otra parte, también debe de mencionarse la Recomendación de 1991, sobre la dignidad de los trabajadores/as, que prevé un código de conducta sobre la protección frente al acoso sexual en el trabajo y la protección de la dignidad femenina. Esta cuestión vuelve a ser reiterada al ser abordada en la Recomendación 92/131, de la Comisión, de 27 de noviembre de1992, sobre la protección de la dignidad de las mujeres y los hombres en el trabajo. Así como la señalada Directiva 2002/73/CE que vuelve a condenar el acoso sexual como manifestación contraria a la igualdad entre hombres y mujeres, ya fuera verbal o fuese física, porque en todo caso es un atentado a las mujeres como personas. Habitualmente, este acoso se utiliza en el acceso al empleo y para conservarlo o a efectos de la fijación de las distintas

condiciones laborales, por lo que es un ataque a los derechos sociales de las mujeres, directa o indirectamente[425].

Por último, también corresponde citar, la Recomendación 92/241 sobre el cuidado de niños y niñas, y Directiva 92/85/CE sobre la protección de medidas de seguridad e higiene de la mujer embarazada y posteriormente tras el parto.

En este mismo orden, el Dictamen del Comité de las Regiones sobre la "Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones como Refuerzo de la dimensión social de la Estrategia de Lisboa" señala que es preciso la racionalización del método de coordinación entre los Estados miembros en el ámbito de la protección social, puesto que se considera que en el marco de la agenda de política social la Europa de los 25 se debe de crear un «triángulo de políticas» con los tres ámbitos, que se señalan como fundamentales para alcanzar el bienestar social para la población europea: la política económica, la de empleo y la de seguridad[426].

De esta forma, se considera que la protección social debe estar en interacción entre los otros dos ámbitos, y que frente a la creencia tradicional contraria, permite considerar la política de protección social como un factor productivo de importancia, ya que la protección social es factor que puede dinamizar la economía. Al mismo tiempo, se señala que la protección social debe ser implementada desde la coordinación y desde el respeto al principio de subsidiariedad, así como el respeto a la diversidad entre el Estado miembro, en todos sus ámbitos, y la Comunidad Europea. Sin embargo, este respeto a la coyuntura de cada Estado nacional no impide la unidad social, que integraría al ámbito local y al Regional, puesto que sólo desde esta perspectiva se podrá lograr una mejora y racionalización del

[425] En esta línea debe ser consultada sentencia de 11 de marzo de 1981, Caso 69/80, *Worringham y Humpherys*, sentencia de 18 de septiembre de 1984, Caso 23/83, *Liefting*, sentencia de 17 de mayo de 1990, Caso 262/88, *Barber*, sentencia de 8 de abril de 1976, Caso 43/75, *Defrenne I y la Sra. Abdulaziz, Labales y Balkandali c. el Reino Unido.*
www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm
[426] *DOCE núm. C73/03, 23- 03-2004*.

sistema de protección social. Además, este postulado sería determinante para el marco de la igualdad de oportunidades de las mujeres y los hombres en materia social[427].

En este mismo orden, también un Dictamen, pero del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones- Revisión intermedia de la Agenda de política social» señala que la Agenda social Europea se inscribe en el marco del objetivo estratégico más amplio determinado en el Consejo Europeo de Lisboa[428]. Esto es, este fin se establece con la aspiración de contribuir a interacciones dinámicas entre las políticas económica, laboral y social para fomentar circuitos virtuosos de progreso económico y social con vistas al desarrollo sostenible.

Con este objetivo, desde la coordinación y la convergencia social entre los Estados miembros, debe de reforzarse el papel de la política social como factor productivo, pues como señala el Comité Económico y Social, "*se debe de ser consciente del «coste de la falta de una política social», que debe evaluarse de forma comparativa en los distintos países sigue siendo elevado, lo que resulta muy gravoso para la competitividad europea y revela los fallos de las prácticas actuales en materia de salud y seguridad en el lugar de trabajo*".

En suma, como reflejó la Comisión de las Comunidades Europeas en el último "*Informe de sobre la protección social en Europea en 1999,* que revela que los Estados miembros son responsables de la organización y la financiación de la protección social, pero esta actuación nacional debe ser diseñada de acuerdo a los instrumentos de la política de coordinación y supervisión de la UE, tales como las orientaciones generales de política económica o el Pacto de Estabilidad y Crecimiento. Esto es, se constituyen como el marco general para las políticas de empleo y de protección social al establecer objetivos de coordinación presupuestaria y proporcionar directrices para la política social[429]. De tal manera que se señala que el objetivo de las políticas sociales debe de tener en cuenta la evolución del

[427] www.europa.eu.int
[428] *DOCE núm. L 80/26, 30-03-2004, (COM (2003) 312 final*). www.europa.eu.int
[429] Comisión de las Comunidades Europeas, "*Informe sobre la protección social europea"*, Bruselas 21 de marzo de 2000, *(COM (2000), 163 final).*

contexto económico, y la necesidad de una política general de coordinación que se defina desde el refuerzo de la cooperación en este ámbito.

De igual forma, en este Informe se identifican cuatro objetivos para garantizar un alto nivel de protección social para la ciudadanía de la UE a la par que se refuerza la estrategia económica y de empleo. Es decir, estos objetivos son: hacer que trabajar sea rentable y garantizar unos ingresos seguros, conseguir pensiones seguras y sistemas de pensiones viables, promover la inclusión social y, garantizar una atención sanitaria viable y de alta calidad.

Los aspectos relativos a la igualdad de hombres y mujeres se tienen como referencia en los cuatro objetivos; el actual informe pone de relieve la necesidad de que los sistemas de protección social respondan mejor a los cambios en materia de igualdad de mujeres y hombres, especialmente, a la necesidad de apoyar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo.

En esta línea, el diseño del sistema de la protección social debe de establecerse teniendo en cuenta los cambios de nuestro entorno. En primer término, el envejecimiento de la población en todos los Estados miembros y las perspectivas de aumento del índice de crecimiento del número de personas mayores a partir de 2010. En segundo término, una participación cada vez mayor de mujeres en el mercado de trabajo. En tercer término, la persistencia del desempleo de larga duración, especialmente, entre los trabajadores/as de más edad y la tendencia hacia una jubilación anticipada. En cuarto término, el aumento del número de hogares unipersonales en relación con el crecimiento de la población, a saber, se ha incrementado el número de personas que viven solas y de hogares en los que ningún miembro trabajaba.

De este modo, la información que contiene el presente informe subraya los retos que para los sistemas de protección social supone la necesidad de responder mejor a la complejidad y diversidad de las relaciones entre hombres y mujeres en la moderna economía social europea.

Este Informe aduce a que la mayoría de los sistemas sociales se basan, principalmente, en un modelo en que el hombre es el sostén económico de la familia, pero es un modelo que no refleja las

nuevas realidades del siglo XXI, es decir, se define al margen del incremento de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo.

De este modo, se reconoce que debe de fomentarse la adopción de medidas para alcanzar un mayor índice el empleo femenino. Además, no da cuenta de la mayor diversidad existente en los modelos de cuidado de los hijos/as y de la familia, para los que se necesita una financiación adecuada. Así como, tampoco refleja el aumento del número de hogares que dependen de los ingresos de las mujeres, conjuntamente, a la mayor diversidad de la organización del trabajo de hombres y mujeres.

Asimismo no muestra la pérdida de eficacia de los derechos derivados como medio para garantizar la asistencia social, que es precisada como consecuencia del declive de las estructuras familiares tradicionales, que tiene a causa, principalmente, en el incremento de divorcios y separaciones. Al propio tiempo, que hay una inquietud creciente por la persistencia de barreras y factores disuasivos que dificultan la trayectoria profesional de las mujeres.

En este sentido se señala que los sistemas sociales deben de establecer las prestaciones familiares y otras modalidades de protección social que permitan conciliar el trabajo y la familia. A la vez que se deben de adoptar instrumentos para el reconocimiento de la protección social por hijos/as de las familias con menores a cargo.

Por eso, la necesidad de que el sistema de seguridad social actual se defina con tres objetivos: en primer lugar, ayudar a las personas a sobrellevar los costes adicionales que supone tener hijos/as, esto es, con el reconocimiento de prestaciones y subsidios especiales. En segundo lugar, ayudar a las mujeres que dan a luz a través del reconocimiento de subsidios de maternidad, y de otros permisos que deberán ser de aplicación cada vez en mayor grado para ambos progenitores. En tercer lugar, proporcionar ayuda para el cuidado de los hijos/as y de los miembros de la familia con discapacidad o de edad avanzada y dependientes.

Los tres objetivos son importantes para mejorar la seguridad de los ingresos de las personas con familia, especialmente, de las mujeres, y así, ayudarles a conciliar el trabajo con sus otras

responsabilidades personales. Todo eso con el reconocimiento de modalidades de ayuda para el cuidado de los hijos/as y el derecho a coger un permiso para cuidar a los hijos/as o a otros miembros de la familia que necesiten cuidados de larga duración. De esta manera, estos permisos son de vital importancia para muchas mujeres que desean seguir realizando una actividad profesional, fundamentalmente, en el caso de aquellas mujeres que educan a los hijos/as sin ayuda, que es por otra parte un colectivo cada vez más numeroso.

En suma, como se reconoce explícitamente en la Estrategia de Empleo de la UE, las mujeres todavía encuentran dificultades adicionales para acceder al mercado de trabajo, y avanzar en sus trayectorias profesionales y conciliar la vida profesional y familiar. Por ello, en las Directrices para el empleo, los Estados miembros se comprometieron a garantizar la igualdad de acceso al mercado de trabajo y la igualdad de oportunidades para las mujeres.

En resumen, el Derecho comunitario social tiene como objetivo formular el sistema de la seguridad social para dar cobertura material a las necesidades de la ciudadanía europea, que se plantea desde la igualdad de trato de mujeres y hombres. Es decir, tal como hemos mencionado, este objetivo social vinculante para los Estados miembros que tienen la responsabilidad de diseñar un sistema de seguridad social que garantice recursos suficientes para toda la ciudadanía ante acontecimientos de diversa índole, que pudieran menoscabar su calidad y nivel de vida dentro de los parámetros del orden social establecido por la que[430].

No obstante, en esta materia perdurará la capacidad individualizada de los Estados miembros de regular el sistema de la seguridad social. Es decir, el marco normativo que regula el sistema de la seguridad social se caracteriza por escasos acuerdos políticos europeos, porque los términos procedimentales del TCE exigen que el Consejo adopte medidas en materia de seguridad social de acuerdo al artículo 189 B, debiendo pronunciarse por unanimidad.

---

[430] TORRENTE GARI, SUSANA, *Normativa social de la Unión Europea y el trabajo de la mujer*. En VVAA., *La igualdad de Oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

Para terminar estas consideraciones, es preciso hacer referencia al postulado que en la ue se está debatiendo sobre la denominada y, anteriormente citada, individualización de los derechos sociales, de tal manera que nos remitimos a lo señalado, añadiendo que la Comisión con esta individualización trataría, desde la globalidad y la eficacia, de individualizar el derecho a la protección social en relación con el principio de igualdad de sexos[431].

[431] DE VILLOTA, PALOMA, *La política económica desde la perspectiva de género: la individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea,* Madrid, Alianza Editorial, 2000.

IV. CONTEXTO TEÓRICO E HISTÓRICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LAS MUJERES EN ESPAÑA

"... Entregadas a la memorización de volúmenes indigestos y a menudo incompresibles; obligadas a un trabajo mental para ellas excesivo, que roba riego sanguíneo a regiones orgánicas fundamentales para su porvenir de mujeres; sometidas a insomnios por la urgencia de competir con los muchachos"[432].

4.1. CUESTIONES GENERALES

4.1.1. Posición de las mujeres en la sociedad española

La posición de las mujeres en la historia no ha sido fácil, pero esta situación ha sido especialmente difícil en el marco social. Las mujeres tenían que enfrentarse a distintas posturas e ideologías socioeconómicas y políticas, que postulaban entre sus objetivos la marginación y el aislamiento de las mujeres. De tal forma, que se justificaban estos postulados en que las mujeres eran instrumentos para la procreación al servicio del país y, además, estaban las mujeres obligadas a dar satisfacción a las necesidades del varón.

Así, de acuerdo al pensamiento de la época afirmaba MARAÑON, "*La mujer está constituida fisiológicamente para realizar la función sexual primaria, concebir el hijo, incubarlo, parirlo, lactarlo* "[433].

---

[432] Reflejo de pensamientos de personajes con gran influencia en la población, que por su renombre, ¿quién no iba a verse influidos por ellos?, MAÍLLO, ADOLFO, *Educación y Revolución. Los fundamentos de una Educación Nacional,* Madrid, Nacional, 1943, pág. 93. Citado por, SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori], 1996, pág. 84.

[433] Véase sobre este tema la magnífica obra, GONZÁLEZ SETIÉN, PALOMA, Y PÉREZ FRAGA, CRISTINA Y PLIEGO CID, PURIFICACIÓN Y SÁNCHEZ CALLEJO, MARISA, *El Trabajo de las mujeres a través de la historia,* Centro Feminista de Estudios y Documentación, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales y Subdirección General de Cooperación, 1992.

Esto es, las mujeres quedaban adscritas al hogar definiendo como funciones femeninas la reproducción y la maternidad[434]. De ahí, que cuanto mayor número de nacimientos se produjese mejor, porque parir suponía que las mujeres ya habían cumplido su papel en la vida y se consideraba que se habían "realizado". En el caso contrario, las mujeres eran repudiadas y olvidadas.

De igual modo, desde la perspectiva biológica, se consideraba que las mujeres eran distintas a los hombres, y por tal causa, debido a su diferente naturaleza las mujeres tenían como destino ser madres y quedar confinadas en el hogar[435]. La situación peyorativa del papel femenino en la sociedad derivó en la consideración de que su capacidad de ejercer la maternidad era un hecho natural que se convertía en obligación para las mujeres. Esta infravaloración de las mujeres se justificó en su categorización de seres inferiores biológicamente. Es decir, con aportaciones de la medicina, la religión y la filosofía se consideraba que las mujeres eran seres sexuales y con moral diferente de la del hombre al ser más proclive a la perversidad que la de los varones.

Como consecuencia, todo ello conllevó su infravaloración social amparada por el marco jurídico con el frontispicio de las aportaciones de los filósofos y de la medicina[436]. En esta medida, las mujeres sufrirán la pérdida de su propia individualidad bajo los argumentos de su plena dedicación a los demás, que supuso que las mujeres se olvidasen de sus propias necesidades a la vez que fueron obligadas a

---

[434] En la línea de retrógrados pensamiento en contra la igualdad de mujeres y hombres, MARAÑON G., *Tres ensayos sobre la vida sexual,* Madrid, Biblioteca nueva, (5ª edic.), 1929, págs. 41-46. De igual modo, se manifiesta, y por ello, es más execrable por venir de una mujer, PRIMO DE RIVERA, PILAR, "*Las mujeres nunca descubren nada: les falta desde luego el talento creador, reservado por Dios para inteligencia varoniles; nosotras no podemos hacer nada más que interpretar mejor o peor lo que los hombres han hecho*", Primer Consejo Nacional del Servicio Español de Magisterio, Madrid, Afrodisio Aguado, 1943, pág.72. Citado por, SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica [Grijalbo Mondadori], 1996, pág. 90.

[435] SCHIEBINGER, se hace eco del pensamiento de la época sobre las mujeres: "*las mujeres son distintas esencialmente distintas a los hombres; la naturaleza femenina destina a las mujeres (el "sexo", como se las denomina con frecuencia) a llevar la vida de una madre, confinada al hogar y a la casa",* SCHIEBINGER, LONDA, *¿Tiene sexo la mente?. Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna*, Madrid, Cátedra, Universitat de València, Institut de la Mujer, 2004, pág.12.

[436] Para conocer y ampliar datos sobre esta materia debe leerse la obra de SCHIEBINGER, LONDA, *¿Tiene sexo la mente?. Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna*, *Op.cit.* Sin embargo, como señala la autora no faltaron aportaciones como el filósofo Locke que consideraba que el saber y la lógica no era cuestión de sexo, sino de clase social.

asumir las funciones "femeninas" y las tareas dentro del hogar que la organización patriarcal les asignaría.

En suma, las mujeres, tanto por la sociedad como por el ordenamiento jurídico se consideraron que son seres que estaban por debajo de los hombres, a los cuales desde un nivel inferior les debían de complementar; por tal razón procedía que se ocupasen de aquellas tareas que son impropias de lo masculino, pero que en cambio eran labores innatas a las mujeres y a su feminidad. Esto es, como recoge SCHIEBINGER, la sociedad del momento consideraba que las mujeres no son iguales a los hombres, ni en lo físico, ni en lo moral, puesto que eran seres complementarios "*haciendo que las desigualdades pareciesen naturales (...)*[437].

En España, esta situación se ve agravada por el control ejercido por un radical posicionamiento de la entonces influyente Iglesia Católica, que postulaba la necesidad de un tratamiento diferenciado entre los hombres y las mujeres, pues, también para la Iglesia las mujeres eran seres biológicamente diferentes. De esta forma, las mujeres tenían una menor capacidad cognoscitiva y una clara actitud para quebrantar la moral católica, y por lo tanto, al ser consideradas las mujeres culpables del pecado original de la humanidad no podían ser tratadas como personas[438]. De este modo a las mujeres se les debía

[437] SCHIEBINGER, LONDA, *¿Tiene sexo la mente?. Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna*, *Op.cit.,* pág. 311.

[438] Reflejo de la participación de la Iglesia Católica en la marginación social de la mujer, DE VILLOTA, *La mujer castellano-leonesa en los orígenes del movimiento obrero (1855),* Alameda y Brea, Arzobispo de Burgos, Carta Pastoral, pág.16, Madrid, 1849, proclama: *"La mujer ha nacido para el gobierno doméstico, para inspirar con su continente dulzura, el amor al recato y con su ejemplo la práctica de las virtudes*". En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX),* Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1984, pág.101. En esta misma línea, señala GONZÁLEZ, "*Debemos considerar al hombre y a la mujer como dos elementos que, reunidos, constituyen el germen de la vida publica y social. La sociedad necesita de ambos: por eso ha sido injusta y suicida cuando ha tratado mal a la mujer. Al hombre hásele dado los altos conceptos, los pensamientos sublimes, el genio de la ciencia, los secretos de la legislación, la fuerza física, pero a la mujer la ha dotado Dios con incalculables riquezas de corazón, con inagotable tesoro de afectos, con una ternura y una sensibilidad que la constituye madre de los dolores humanos (...) Al hombre hásele confiado la misión del dirigir la agricultura, de perfeccionar la industria, de adelantar el comercio, mandar ejércitos, de administrar justicia; pero a la mujer hásele cometido los negocios y los deberes interiores de la casa sobre los cuales está fundada la sociedad y toda la vida humana. La mujer es la que arruina las casas o levanta fortunas; dirige la vida doméstica y es alma de la familia. Al hombre hásele encargado el trabajo de adquirir recursos para el sostenimiento y la educación de sus hijos y dependientes; pero la mujer tiene sobre sí el cuidado todavía más importante de la primera educación de la familia (...) Ved, pues, si es alta, si es importante la misión doméstica y social de la mujer. Habréis advertido por lo que acabo de decir, que en la mujer domina el elemento de*

denegar el reconocimiento de todos sus derechos como personas. De ahí, que distintos sectores religiosos pretendiesen limitar las funciones de las mujeres a la reproducción, considerando que la institución del matrimonio era su posible salvación, excepto con la opción, en numerosos casos obligada, de ingreso en alguna orden religiosa.

Por otro lado, las mujeres estarán sometidas a la tutela de la voluntad masculina, pues sus decisiones debían estar avaladas por el varón del que se les hacía depender.

De tal manera, en este contexto de incipiente democracia liberal, tanto el ordenamiento jurídico como la propia sociedad aniquilaban los derechos civiles y políticos de las mujeres. Por ello, todo lo concerniente a su vida y a su libertad quedaba adscrito a la voluntad del padre o del marido, y en el caso de quedar viudas a la tutela del hijo, porque así lo establecía la tradición y la norma. En esta medida se les niega toda capacidad jurídica o de obrar, haciendo a las mujeres depender para su subsistencia del varón. Las mujeres quedaban imposibilitadas para el ejercicio de cualquier derecho y de toda actividad sin el permiso del hombre. Este tratamiento jurídico agravaba la situación, ya precaria de la sociedad del momento, por la generalizada miseria en la que vivía la clase obrera.

Por último, y como consecuencia de todo lo anterior, las mujeres quedarán excluidas de lo público. De esta forma, esta falta de valoración social del papel de las mujeres condicionó una expansiva ideología acogida por el derecho positivo. De esta manera, las mujeres fueron relegadas de la formulación de los valores sociales; los cuales no valoran las funciones sociales femeninas fruto de las diferencias naturales a la par que a estas funciones reproductoras se les había hecho carecer de relevancia social. Además, se había optado por imponer la maternidad como obligación sin socializar las consecuencias que tienen para las mujeres, es decir, era una obligación social cuyas consecuencias las debía asumir en solitario las mujeres.

---

la inteligencia", GONZÁLEZ, JUAN, Chantre de la Catedral de Valladolid, *Sermones Doctrinales,* Tomo VI, 369-370, Madrid, 1855. Citado por, DE VILLOTA, PALOMA, *La mujer castellano-leonesa en los orígenes del movimiento obrero, Op. cit.* En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI- XIX), Op.cit.,* págs. 101-102.

Esta situación de las mujeres era fruto de su exclusión de cualquier poder de decisión y su marginación en la formulación del reconocimiento y de la garantía de los derechos de la población. Las mujeres serán excluidas de todas las instituciones de poder y decisión, que, por otra parte, guardaron un interesado silencio sobre la cuestión de género. En esta medida, y en el mejor de los casos, las mujeres, únicamente, podían participar en el seno de la esfera familiar con sus aportaciones, y, por lo tanto, quedan adscritas a estos círculos privados.

En efecto, aunque se centra en el marco de las investigaciones científicas se puede generalizar la apreciación señalada por SCHIEBINGER, puesto que las mujeres se convirtieron en "ayudantes invisibles" de sus padres, esposos, o hermanos al serles negado su participación en instituciones y órganos públicos de investigación, estudio, o en órganos de toma de decisiones[439].

De tal forma, que esta situación de discriminación se mantuvo con el consentimiento de la sociedad y de un cuerpo legal que posicionaban a las mujeres con carácter secundario y en subordinación con respecto del hombre. Como consecuencia de este alejamiento de la participación pública ha supuesto, que las mujeres durante siglos han estado destinadas sin voz ni voto a la reproducción y a dirigir la economía doméstica bajo la institución del matrimonio.

En este orden de ideas, la marginación social, económica, política y jurídica que sufrían las mujeres se ve acrecentada por su falta de formación y educación. Esta situación derivaba de las limitaciones de las mujeres de acceder a la educación al ser excluidas de las instituciones de formación. En consecuencia, también serán marginadas del sistema educativo por ser mujeres.

Además, se justificaba que no tenía sentido dar formación a las mujeres sobre Derecho, Medicina, Teología si a posteriori no era para acceder a estas profesiones, a las cuales por ley quedaba restringido el acceso femenino. Por lo que en todo caso, la educación se debía implementar para que formase a las mujeres en torno al cuidado y gestión de una familia[440]. Así, derivado de este contexto y por las

[439] SCHIEBINGER, LONDA, *¿Tiene sexo la mente?. Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna*, *Op.cit.,* págs. 335, 351 a 378.
[440] SCHIEBINGER, LONDA, *¿Tiene sexo la mente?. Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna*, *Op.cit.,* pág. 31.

aportaciones de diferentes ideologías se promovió la pervivencia en la mentalidad de la sociedad del momento de la menor valoración que debía darse a las mujeres. Al propio tiempo que era habitual el rechazo a las mujeres cultas y formadas.

En palabras de MORANT, *"En el campo de la historia la mujer ha sido básicamente ignorada como sujeto histórico. Se le ha considerado carente de protagonismo y, a excepción de algunas mujeres notables, la gran masa de mujeres ha permanecido oculta a los ojos de los historiadores. Y ello aun cuando los historiadores más innovadores, superando los estrechos límites de la historia política habían logrado introducir a las masas como protagonistas de la historia. Las masas femeninas, sin embargo a pesar de ser la mitad de la humanidad cuyo pasado se pretendía conocer, no habían logrado entrar, sino muy marginalmente en la historia"*[441].

En resumen, durante siglos las mujeres han sido excluidas de la historia sin otra razón, que la ya mencionada, su sexo. Se ha limitado el reconocimiento a número reducido de mujeres dentro del numeroso grupo femenino que desde la sombra ha hecho contribuciones importantes en diferentes áreas de conocimiento, investigación y gestión de poderes públicos. Por ello, al ser contada la historia por hombres, las mujeres y sus aportaciones a la evolución social han sido acalladas o devaluadas a favor de la valoración del trabajo de los hombres; dándose mayor importancia, por lo visible de su trabajo, a las labores de los varones, mientras que las actividades de las mujeres menos visibles eran consideradas menos validas.

4.1.2. Las mujeres en su incorporación al marco laboral

En consonancia con todo lo anterior, en el marco laboral a las mujeres se las impedía trabajar fuera del hogar al ser víctimas de los estereotipos sexuales que les asignaban el rol de debilidad. Es decir, a las trabajadoras antropológicamente se les ha calificado como seres más débiles e incapaces de desarrollar determinadas labores; esta circunstancia provocó la división sexual del trabajo. Se

[441] MORANT, ISABEL, "La mujer en la historia", *Revista Debats,* Institució Alfons El Magnànium, Diputació de Valencia, núm.7, 1984, pág. 57. En VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999.

argumentaba que las mujeres estaban cualificadas para determinados trabajos, pero había otra serie de trabajos, la mayoría, que se creía que estaban por encima de sus posibilidades. Al mismo tiempo, que se consideraba que los hombres no estaban capacitados para funciones que requieren la "delicadeza y la suavidad" de las mujeres.

Las diferencias biológicas naturales entre los hombres y las mujeres fueron caldo de cultivo para el nacimiento de un mundo social poco favorable a las trabajadoras que impedía la proyección profesional de las mujeres.

No obstante, la miseria y la carencia generalizada de este período exigían que las mujeres aportasen recursos para mantener la subsistencia del hogar, de ahí, la proliferación del desarrollo de actividades en el domicilio, con un trabajo sin contrato y retribuido a destajo. En esta relación se plantea una doble situación, por un lado, la sociedad con amparo legal no permitía el trabajo femenino, pero, por otro lado, las mujeres trabajaban "de forma invisible" en el desempeño de actividades de la más diversa índole y sin aseguramiento de ningún tipo al margen del control jurídico.

De esta forma, las mujeres aceptaban ganar menos dinero por el mismo trabajo que un hombre debido a la necesidad de sobrevivir sus familias y ellas mismas, que derivaba de la generalizada escasez de recursos económicos familiares. Por lo tanto, su trabajo era una necesidad de participar en el sostenimiento de la familia, es decir, esta participación no era reconocida en la teoría por la sociedad del momento, pero sí exigida por la realidad económica cotidiana. A este fin, se favorece el desarrollo de las ocupaciones laborales en el propio domicilio consagrando el trabajo femenino como un empleo encubierto en condiciones de trabajo miserables y escasos salarios. Igualmente, este trabajo se realizaba por las mujeres sin olvidarse del cuidado de la familia, del bienestar del marido y de seguir cumpliendo con la función social de la reproducción.

En este contexto, inicialmente, la economía era sustancialmente agrícola-ganadera, en este ámbito las mujeres compartían las faenas con sus maridos en todo lo relacionado con las tareas agrícolas, pero, además de la crianza de la prole llevaban paralelamente el desempeño de las tareas del hogar, cocer pan, confeccionar ropa y un largo etcétera de actividades reputadas como femeninas. Estas funciones

eran calificadas como “propias de su sexo”, a la vez que obligadas asumían el desempeño femenino de las obligaciones históricas de parir y cuidar de los hijos/as. De este modo, su trabajo era invisible para la sociedad y para el marco jurídico, pero esencial para el mantenimiento de la economía familiar.

Por otro lado, paralelamente, durante el XVII y XVIII se asistió a un incipiente comercio y crecimiento de los núcleos urbanos. Se produce el florecimiento de nuevos sectores económicos e industriales que modifican, también, el concepto de trabajo y la estructuración y organización del trabajo.

Por otra parte, sin embargo, un lugar de la sociedad que permitió a las mujeres cierta libertad fueron los conventos, puesto que permitieron eludir matrimonios impuestos. De tal modo que esta situación reconoció a las mujeres la posibilidad del estudio, si bien, no se otorgan tales posibilidades de forma genérica, sino a determinadas mujeres dependiendo de sus posibles económicos[442].

También, hubo otros colectivos femeninos que ejercían diferentes actividades profesionales, pero que fueron denostados por la sociedad médica conformada por hombres. Esto es, el caso de enfermería, partería, cocina medicinal y curanderas a las cuales se les negó su acceso a la formación y al conocimiento de nuevo instrumental e impedidas en la creación de sus propias corporaciones; al propio tiempo que no faltaron acusaciones interesadas de brujería y hechicería, simplemente por ser mujeres.

En iguales términos se pronunció la sociedad con respecto de las artistas, éstas permanecían marginadas, sin embargo, sus viajes por distintas plazas las permitían una cierta libertad de actuación. No obstante, se consideró de ordinario que era un oficio al que habitualmente acudían las mujeres, bien por no tener dote para poder contraer matrimonio, o bien, por no tener ningún tipo de aportación para poder entrar en un convento. De igual modo, también se debe hablar de marginación social y repudio en el caso de las prostitutas, que con la doble moral que hoy pervive, se les reconocía un marco de una muy limitada libertad.

[442] Concerniente a este tema, ANDERSON, BONNIE S. Y ZINNER JUDITH P., *Historia de las mujeres: una historia propia,* vol. 2, Barcelona, Crítica, 1991.

Efectivamente, durante estos siglos XVII y XVIII se asistió al florecimiento de una nueva etapa económica y al surgimiento de las ciudades como centros ebullición económica, social y de poder. De esta manera emergen las primeras nuevas formas de entender el comercio. Además, las transformaciones industriales conllevaron la creación de incipientes industrias a las cuales las mujeres podrán acceder. No obstante, preferentemente en el sector textil y en el sector de la alimentación, porque, en primer término, las mujeres eran mano de obra barata que desarrollaba un trabajo igual que el de los hombres, pero que sería peor pagado y en inferioridad de condiciones laborales.

En segundo término, este acceso era para ocupar puestos de trabajo no solicitados por los hombres, pues las trabajadoras eran relegadas a los trabajos menos prestigiosos y que requerían menor especialización como en el caso de hilanderas, modistas, sombrereras, costureras, mientras que los puestos de supervisor y dirección eran destinados a los hombres.

Esta situación se justificaba en cuanto a que la formación y educación femenina eran inferiores a la del hombre, que, como ya hemos citado, no podida ser de otro modo, puesto que las mujeres no podían acceder a la educación en los mismos términos que los hombres, ya que tanto por ley como por mentalidad de la época el acceso a la misma no era factible para las mujeres.

En definitiva, las mujeres sufrían una situación que el tiempo no hizo más que consolidarla. A saber, por una parte, se les mantiene de forma interesada en su condición de amas de casa al cuidado de la familia y con la obligación de procrear que era un trabajo al margen de todo tipo de retribución o consideración social. Por otro lado, cuando trabajaba en la industria era para realizar actividades que no eran requeridas por los trabajadores, y era para realizarlas en inferioridad de condiciones.

La Revolución Industrial supuso una mecanización de los procesos de producción, de esta manera, en un primer momento se precisó de mayor “factor trabajo” que provocó un incremento de la clase obrera. Asimismo, este estamento social toma conciencia como clase social que debía de organizarse para la defensa de sus derechos e intereses. Es decir, este hecho supuso que las mujeres pudieran trabajar y que, en general, los trabajadores y, en particular, las mujeres tuvieran que salir del hogar para ir a trabajar a la fábrica.

Sin embargo, esta transformación socioeconómica para las mujeres solamente afectó a un grupo pequeño de trabajadores que vivían en zonas netamente industrializadas, porque de ordinario las mujeres continuarán acuarteladas en el hogar. Además, desde el propio marco del ordenamiento jurídico persistía el alejamiento de las mujeres de determinadas profesiones. De tal manera, que las mujeres por la miseria familiar debieron acudir al trabajo clandestino en los sectores peor considerados socialmente y peor tratados laboralmente. Es decir, las trabajadoras eran relegadas a los trabajos menos prestigiosos, menos especializados y peor pagados.

A la confección de esta situación, contribuyó que la sociedad del momento no entendía como deseable o "bien visto" la actividad femenina fuera del hogar, con opiniones e influencias religiosas y políticas lacerantes sobre el trabajo femenino que se definía como maligno y poco decoroso. Sin embargo, el trabajo de las mujeres era tolerado cuando su desarrollo era por mujeres de las clases sociales más bajas, a causa de que ya por su pertenencia a esta clase social eran consideradas como seres inferiores, entonces, se consideraba que el trabajo no empeoraría esta situación.

En este marco, la idea preconizada era considerar que el trabajo era para las mujeres deshonesto e infame, limitado por tanto a mujeres de estamentos pobres. De esa forma, esta circunstancia creó una desconfianza y mentalidad social en contra del trabajo femenino, que también fue rechazado por las mujeres, puesto que en el caso de trabajar su lugar en la sociedad se vería censurado y denostado.

Durante el siglo XVIII se consagró la presencia de las mujeres como empleadas de hogar, trabajo al que accede la emigración de la mano de obra femenina del campo a la ciudad. La actividad laboral de las mujeres como sirvientas domésticas se incrementa a raíz del nacimiento de la burguesía que las utilizó como símbolo del poder económico. Mientras los puestos en las fábricas mejor retribuidos eran ocupados habitualmente por los hombres.

En esta misma línea como recoge De Villota, la opinión durante este período sobre la posición de las mujeres en la sociedad era alejarlas de todo lo exterior al marco doméstico. Esto es, señala Fernando Garrido, que "*En el estado de ánimo de la sociedad del momento está el mantener a la mujer en el recinto*

domestico como ideal, el trabajo fuera del hogar sería contra natura y sólo las mujeres de clase baja se consiente su trabajo como algo inevitable proporcionando mano de obra barata" [443].

En este contexto de rechazo hacía el trabajo y los derechos de las trabajadoras, además, las mujeres se vieron rechazadas por parte de los gremios, que obligó a las trabajadoras a enfrentarse al empresario en inferioridad de condiciones y sin posibilidad de organizarse para reclamar la mejora su situación laboral. Todo ello determinó una falta de organización para la defensa del interés femenino, primero, a causa de que los poderes públicos y privados habían abortado todo intento de acceso de las mujeres a los órganos de decisión y presión socioeconómica; y segundo, debido a la deficitaria formación de las mujeres que, como hemos reseñado, era resultado de la restricción de las mujeres en el acceso a la educación.

Por otra parte, tras el período inicial de la industrialización de los procesos de producción se asistió a la sustitución del factor trabajo por la máquina, y como consecuencia, se incrementó el número de despidos. De este modo, las pocas mujeres que llegaron a trabajar en las fábricas se vieron afectadas por despidos debido a la invasión de la mano de obra masculina en puestos de trabajo desempeñados hasta el momento por las mujeres.

En definitiva, esta transformación industrial no tuvo los mismos efectos sociales y económicos para las mujeres que para los hombres. Ellas continuaron desarrollando trabajos que la historia y la sociedad les habían asignado. Asimismo se asistía al nacimiento de la división sexual del trabajo[444]. Por lo tanto, es

---

[443] Datos aportados por, GARRIDO, FERNANDO, *Historia de las clases trabajadoras,* t.III. "El proletariado", Bilbao, Algorta, (2ª edic.), 1972, pág. 98. Citado por, DE VILLOTA, PALOMA, *La mujer castellano-leonesa en los orígenes del movimiento obrero, Op. cit.* En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX), Op. cit.* pág.101.

[444] Al respecto considera, AYUSO LÓPEZ, *"La filosofía clásica, exceptuando a los sofistas y de algún modo a Platón, construyó un concepto de género en el que no tenían entidad por sí mismas. Creó dos tipos de discursos por un lado, las incluyó entre el grupo de seres que se dedicaban al trabajo manual, esclavos de ambos sexos y mujeres libres, porque el ciudadano no se aplicaba a las tareas indignas; por otro, elaboró una teoría de la división sexual del trabajo que las situaba en el giniceo dedicadas a las actividades propias de su sexo, en contradicción con lo que muestran otras fuentes (...). Les negaron toda capacidad de participación en la vida de la polis.(...). El convento fue durante la Alta Edad Media el lugar que favoreció en algunos casos, la actividad artística e intelectual de algunas mujeres (...). Únicamente las mujeres medievales tuvieron más capacidad legal que en otras épocas, únicamente cuando eran mujeres de cofrades o sus viudas pudieron hacerse cargo del taller y sólo para proteger el patrimonio de sus hijos (...). La Revolución Industrial representa la consolidación de la separación del ámbito doméstico del*

el comienzo de la feminización de sectores y actividades peor retribuidas y con inferiores condiciones laborales[445].

A lo descrito, hemos de señalar que se consideraba que el trabajo para las mujeres era secundario, mientras que para los hombres era primario para poder alimentar a la familia; esta situación respondía a los roles sexuales por los que los varones debían llevar el soporte económico a las familias. De ese modo se frustra toda posibilidad de avance social a favor de los derechos de las mujeres, y de obtener su emancipación política y económica.

En España, la posición de las mujeres en el mercado de trabajo tuvo un avance tímido durante el siglo XVIII, con la curiosa presencia de las mujeres en sectores y empleos tradicionalmente masculinos como el minero, la estibación, o en carpinterías y fundiciones. Por eso, no había una limitación tan tajante de acceso al empleo como la que años más tarde se conocería, sino que como se señaló las mujeres podían desempeñar puestos de trabajo que, posteriormente, excluirían a las trabajadoras de su ejercicio.

Sin embargo, durante este período al igual que en el resto de los países de la Europa occidental, en España será el sector doméstico, textil y el agrícola los que absorberán el mayor número de trabajadoras. Pero en la mayoría de los casos en situaciones sin verse garantizado su trabajo por la existencia de contratos de trabajo que, por ende, suponía un trabajo en economía sumergida. También,

---

"productivo", iniciada en el primer capitalismo; sin embargo, no supuso, al menos en un primer momento, la desaparición de estructuras productivas propias del período anterior ni alejamiento de las mujeres de la producción mercantil: trabajaron en todos los sectores, incluso en aquellos considerados como masculinos (minas...) y, por supuesto, siguieron realizando las tareas reproductivas (...). El Estado y la Iglesia enarbolaron el discurso que oponía a lo privado, que sostenía que la función suprema de las mujeres era la maternidad, hecho que parece relacionado con las necesidades reproductivas de la sociedad en ese momento. Se acompañó de consideraciones morales que argüían que el trabajo de las mujeres conducía a la prostitución. Es curioso observar que los defensores de su trabajo argumentaron lo contrario: que las podía salvar de ella", AYUSO LÓPEZ, TERESA, *Fuentes Documentales sobre el Trabajo de las Mujeres,* Madrid, Akal, 1997, págs.12 a 20.

[445] Sobre esta premisa, GONZÁLEZ SETIÉN Y PÉREZ FRAGA Y PLIEGO CID, Y SÁNCHEZ CALLEJO, "*La industria algodonera fue la primera industria de la historia que utilizó maquinaria en gran escala movida por energía no humana, de carácter doméstico y con mano de obra mayormente rural. Toda la familia participaba en el proceso: los niños y niñas cardaban el algodón, las mujeres hilaban y los hombres tejían*", GONZÁLEZ SETIÉN, PALOMA Y PÉREZ FRAGA, CRISTINA Y PLIEGO CID, PURIFICACIÓN Y SÁNCHEZ CALLEJO, MARISA, *El Trabajo de las mujeres a través de la historia*, *Op. cit*., pág.43.

en nuestro país se formalizaba la división sexual del trabajo, pues las mujeres serán asignadas a empleos de inferior categoría profesional[446].

Con el devenir de la propia transformación industrial como ocurrió en la cultura occidental, las mujeres serán arrojadas, total o parcialmente, de puestos de trabajo y oficios hasta entonces desempeñados por mujeres, aunque siempre los hombres asumiendo la parte más lucrativa de la actividad. Al mismo tiempo, la situación laboral de las mujeres se hizo más precaria debido a su endémica situación social y económica, que debía en todo caso mantener su actividad en los parámetros prescritos para las trabajadoras por la religión y la moral establecida.

De este modo, dentro de la precariedad del mercado de trabajo genérica para toda la clase obrera, el trabajo femenino fuera del hogar era realizado en inferioridad de condiciones laborales con respecto de las establecidas para sus compañeros, en cuanto a que con iguales jornadas que los hombres, los salarios de las mujeres eran inferiores[447].

Además, también en España, la estabilidad de sus empleos se veía afectada por el ejercicio de la maternidad, la cual, por otra parte, para las mujeres era habitual e impuesta como obligación social. En esta medida se agravaba la realidad social de las mujeres por la carencia legal de capacidad jurídica,

---

[446] Comisión de Reformas Sociales. Información practicada en virtud de la Real Orden de 5 de diciembre de 1883, Madrid, Publicación Oficial, t. II, pág. 144. " *Hay en esto no pocas categorías: dependientes de tiendas de sedas, blondas, camiserías, guantes, mercería y otras por el estilo, que estarían mejor en otro oficio, dejando el suyo a las mujeres, para quienes es más propio, pues es cosa que da grima ver un hombre fuerte y robusto midiendo metros de puntilla, regateando un casquete de paja o envolviendo cuidadosamente una gruesa de botones de camisa...*", Respuesta del Ateneo de Madrid a la información abierta por la Comisión de Reformas Sociales, sobre el estado y las necesidades de la clase obrera. En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX)*, *Op. cit.*, pág.165.

[447] En este contexto debe de destacarse lo señalado por DE LA CALLE, la declaración del director de la Tejería Mecánica Pamplonesa entendiendo que la jornada depende de las estaciones, pudiéndose fijar en un máximo de doce horas en mayo, junio y julio; un mínimo de ocho horas en noviembre, diciembre y enero; y un término medio de diez horas en los seis meses restantes; a estas horas habría que añadir las de descanso, de manera que el obrero permanece en la fábrica hasta catorce y quince horas en los meses de más trabajo. (...) En las calderas de cobre de la fábrica de hierro "Las Dos Hermanas" según Jenaro Mendía, trabajan en verano un máximo de doce horas y mínimo de once, y en invierno trece horas. En la fábrica de hierro a la catalana lo hacen sin interrupción, alternándose unos de cuatro en cuatro horas y otros de dos en dos, DE LA CALLE, DOLORES, *La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política Social y Conflicto de intereses en la España de la Restauración. Reformas Sociales T.V.,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1989, págs. 201, 286, 292, 294 y 295.

porque las mujeres debían actuar con previa autorización de la persona masculina a la que estuvieran sometidas.

De tal manera, que las limitaciones sociales y legales al empleo femenino hacían que éste fuera poco numeroso dentro de la legalidad y permitía al empresario convertir a las trabajadoras en mano de obra barata, y eran, por ello, habitualmente objeto de contrataciones clandestinas. Esta situación perduró durante todo este siglo XVIII.

En los mismos términos, en el siglo XIX se consolidó la división del trabajo por razón de sexo y se acentuó las diferencias en el trato social en defecto de las mujeres[448]. Las revoluciones en el marco económico y social del citado siglo nada tuvieron de novedad para la situación marginada de las trabajadoras, salvo perpetuar el mandato de los varones y su exclusión del mercado laboral con su encierro forzoso en el ámbito doméstico, e imponiendo la exigencia a las mujeres de la crianza de los hijos/as; que era, en definitiva, el ejercicio de la obligación de la función natural que la sociedad esperaba de ellas.

Por otra parte, pero en este mismo orden laboral, las mujeres son apartadas por los sindicatos. De tal manera, que nuevamente excluyeron la participación femenina de las reivindicaciones sindicales. Pero aún peor, éstos lanzaron una campaña en contra del trabajo femenino[449]. De este modo, la defensa social

---

[448] Datos muy significativos sobre la presencia de la mujer en el mercado de trabajo, "*El sector entre 1900 y 1930, donde se registra mayor número de trabajadoras es en el textil, seguido de la confección, sectores donde los salarios son más bajos, con medidas paternalistas como la Ley de la silla, en el sector de profesiones liberales, la importancia es del sector sanitario, enfermeras y comadronas, en el sector del servicio doméstico es donde las mujeres están mayoritariamente representadas, hasta alcanzar en 1930 el 107,9%",* SOTO CARMONA, ÁLVARO, *Cuantificación de la mano de obra femenina (1860.1930),* págs. 294, 297. En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX), Op. cit.*

[449] Referencia en, GONZÁLEZ SETIÉN Y PÉREZ FRAGA Y PLIEGO CID Y SÁNCHEZ CALLEJO, "En algunos oficios, la lucha de los sindicatos para impedir la entrada de mujeres en la profesión fue particularmente dura y persistente. Es el caso, por ejemplo, de los tipógrafos, cuyos esfuerzos y huelgas para limitar el trabajo femenino en la imprenta se mantendrán a lo largo de todo el siglo XIX, tanto en Europa como en Estados Unidos", GONZÁLEZ SETIÉN, PALOMA Y PÉREZ FRAGA, CRISTINA Y PLIEGO CID, PURIFICACIÓN Y SÁNCHEZ CALLEJO, MARISA, El Trabajo de las mujeres a través de la historia, Op.cit., pág. 83. A este respecto, señalar la obra de TUÑON DE LARA, "Las mujeres obreras, viven en términos generales, al margen de los movimientos organizativos feministas de carácter religioso o burgués. Su actividad sindical es escasa, aunque con excepciones notables como la de la obrera textil anarcosindicalista Teresa Claramunt, que sufrió diversos destierros y prisión por su colaboración en actividades anarquista de la época -

de los derechos de las mujeres se vio afectada por la hostilidad de los propios agentes sociales, que consideraban a las trabajadoras como un enemigo para el trabajo masculino.

Igualmente, se mantuvo a las mujeres apartadas de la educación y de la formación que supondrá su marginación del acceso a los puestos cualificados, al propio tiempo que se perpetúo la discriminación horizontal y vertical en el trabajo al ser asumidos por las mujeres los trabajos más ingratos e inferiores salarios[450].

No obstante, con el constitucionalismo liberal español del siglo XIX se puede apreciar un incipiente cambio en la deficitaria referencia jurídica a la cuestión femenina en España, porque se debe de señalar sus graves y profundas limitaciones en materia de la igualdad de sexos del ordenamiento jurídico español de este período[451].

En esta medida, y apreciada por algún sector político la necesidad de atender a la cuestión femenina y los problemas educacionales a los que se enfrentaban las mujeres se aprueba la Ley Moyano, de 9 de septiembre de 1857, que previa una serie de medidas como la creación de escuelas femeninas. Aunque, si bien, solamente era una recomendación y no una obligación. Asimismo era un sistema

---

procesos de Montjuich, de 1897, semana trágica de 1909 -. El grado de afiliación es muy bajo, un dato es que 1920 afiliados a UGT, había 211.342 trabajadores de ellos sólo 6.400 eran mujeres", TUÑON DE LARA, El movimiento obrero en la historia de España, Madrid, Sarpe, 1985. Citado por, CAPEL, R., "Mujer y trabajo en la España de Alfonso XVIII", Historia 16 Mayo de 1988.

450 En España esta marginación de las mujeres es señala por DE LA CALLE, así a finales del siglo XIX en el sector de la minería en Linares a las trabajadoras sólo se las permitía trabajar fuera de la mina percibiendo menor salario que los trabajadores, éstos percibían por el lavado de carbón 2,50 a 3 pesetas, las mujeres de 1 a 1,25 pesetas. En Oviedo el salario medio era de la mujer 1 a 1,50 pesetas, la media de la zona era de 3 pesetas. Igualmente, los fabricantes de fósforos de Cascante explican que en su empresa trabajaban a destajo fundamentalmente mujeres, con un horario de entrada de verano a las cinco y en invierno de seis a siete de la mañana, con derecho de salir a comer de las doce hasta la una de la tarde y se marchan cuando concluyen la tarea. Generalmente, las destajistas ocupan alrededor de siete u ocho horas y las jornaleras doce horas diarias", Según la estadística minera de 1882 hecha pública a fines de 1883, esta industria proporciona empleo a 2.404 mujeres en trabajos exteriores, de las que realizan faenas en el interior 100 mujeres, DE LA CALLE, DOLORES, *La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política Social y Conflicto de intereses en la España de la Restauración. Reformas Sociales, T.V., T.II.,* obtenida la fuente de ALEJANDRO SAN MARTÍN, en la ponencia presentada al Ateneo sobre el *Tratado de las Mujeres* suministra datos cuantitativos, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1989, págs. 140 a 164.

451 La Constitución de 1812 aduce: *"Los derechos de los españoles son (...)" considerando "al español como hombre libre"; "El amor a la patria es una de las principales obligaciones de todos los españoles" (...) "Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución con lo cual media sociedad quedaba excluida".*

educativo dentro del diferente trato otorgado con respecto de la educación masculina, pues las enseñanzas femeninas se limitaban al rezo y al aprendizaje de las actividades domésticas, amén de que a las maestras se les fija un sueldo que sería la tercera parte del sueldo de los maestros.

A pesar de estas limitaciones y carencias de la educación femenina se crearon escuelas, sociedades económicas y organizaciones cuyo fin principal era la formación profesional de las mujeres. Todo ello para un siglo XIX que se inaugura con un 70% de mujeres analfabetas, el 10% del alumnado era mujer en la enseñanza media y una mujer por cada 17.000 alumnos en la universidad.

En Europa, no se pueden desconocer los avances que se producen fruto de la constancia en las reivindicaciones de las mujeres obligadas a buscar otras formas de lucha. De tal modo se crean, en el último tercio del siglo XIX, agrupaciones de mujeres y mutualidades femeninas; siendo el inicio de las primeras reivindicaciones sociales femeninas con huelgas -Glasgow en 1883 efectuadas por las hilanderas y tejedoras de algodón- manifestaciones con el objeto de denunciar la situación social de las mujeres, sobreexplotación femenina[452]. Estas primeras reivindicaciones refutan las ideologías religiosas, moralistas, médicas y la propia hostilidad demostrada de los sindicatos que demonizan el trabajo femenino.

De esta manera, estas luchas dan como fruto una posición social de las mujeres que cambia tímidamente al obtenerse una mayor garantía jurídica de los derechos de la clase obrera. No obstante, la revolución social vio la luz a principios del siglo XIX, pero no se inició su expansión y consolidación hasta las postrimerías del mismo. Sin embargo, con una cronología en sus efectos bien distinta según los diferentes países occidentales.

En efecto, los resultados de esta reivindicación fueron productos que tardaron en madurar. Tal y como hemos mencionado, la historia tampoco fue agradecida con la participación de las mujeres en este movimiento social. Así, durante este período de cambio social los actores sociales artífices del mismo son

[452] Baste citar que el día de la mujer trabajadora, 8 de marzo, se debe al recuerdo de una masacre que el patrono de la fábrica textil (Cotton de Nueva York) provocó en 1909, sobre 119 obreras en huelga que murieron calcinadas, por ejercer un derecho para la defensa de sus intereses.

tanto hombres como mujeres; no obstante, la memoria histórica registra como sujetos de esta evolución a los hombres, haciendo caso omiso a la labor de las mujeres dentro y fuera del hogar.

Dicho de otra manera, el reconocimiento público por una lucha por la protección en el trabajo y calidad de vida queda acallado en cuanto a la intervención femenina, que la perfila como meros sujetos pasivos, beneficiarias de los eventuales logros sociales, y no como elementos activos en la lucha social. La historia como tantas veces injusta con el sexo femenino atribuye a los hombres las conquistas sociales. De esta forma, estos avances industriales y sociales poco tuvieron de avances y conquista para los derechos sociales de las mujeres.

En suma, esta situación histórica de principios de siglo XX muestra a las mujeres vejadas en sus derechos y destinadas al desarrollo de actividades domésticas, sometidas a las reglas de los hombres en un mundo definido para que las mujeres sean las sirvientas de las necesidades ajenas, sin tener en cuenta las suyas propias o sus propias inquietudes.

Así, en primer término, las mujeres tenían limitado su derecho al trabajo, pues no les era permitido acceder a todo puesto de trabajo o sector laboral por ser considerados impropios del sexo femenino. Tales prohibiciones habían venido establecidas por el ordenamiento jurídico con normas como la Ley de Policía de Minas y su Reglamento de aplicación de 15 de julio de 1897, que en su artículo 33 prohibía el trabajo en el interior de las minas a las mujeres de cualquier edad, comparando su derecho al trabajo con el de un menor 12 años que, también, tenían prohibido su trabajo en estos sectores. Asimismo con el RD de 25 de enero de 1908, sobre trabajos peligrosos e insalubres, se prohibía a las mujeres el desarrollo de actividades catalogadas como tales. Además, se prohibía el ejercicio de trabajo nocturno a mujeres menores de 23 años, y a los hombres menores de 16 años, por la Ley de 11 de julio de 1912.

Es decir, prohibición del trabajo femenino por razones morales y de creencia en el decoro femenino, el cual se consideraba que podría verse en peligro si las mujeres trabajaban fuera del ámbito doméstico, y especialmente, en determinadas actividades, y en el caso de que se realizasen trabajos durante la noche que les impedían estar en el hogar cuidando de la familia.

En este sentido, en el mundo occidental, nos corresponde señalar que las mujeres fueron consideradas como objetos sexuales al involucrar en el reconocimiento de los derechos sociales de las mujeres su diferente sexo, y ligando su consideración de persona al concepto como honestidad, moral y decencia. Planteamientos que no fueron referidos a la protección jurídica de los varones como sujetos de derecho.

En segundo término, las mujeres quedaban afectadas por la sectoralización femenina en actividades con menores avances sociales y peores condiciones laborales, en el marco del servicio doméstico, comercio y otras actividades del sector servicios[453]. Es decir, se feminiza determinados puestos de trabajo, que se convierten todavía en nuestros días en femeninos, tales como dependientas, planchadoras, cocineras, camareras, modistas, enfermeras, maestras, telefonistas y secretarias.

Sirva para dar cuenta de esta situación, el trabajo desarrollado en los talleres de costura, con presencia mayoritaria de las mujeres, tenía una jornada en 1914 era de 12 a 16 horas, con un trabajo retribuido a destajo, y sin contratos por lo que no existía control por parte de los poderes públicos, ni posibilidad de adscribirse a ninguna institución que otorgarse protección a los derechos de las trabajadoras. Por el contrario, en la industria, sobre todo, conformada por los hombres, las jornadas se acortan a 8 horas y se mejoran sensiblemente las condiciones de trabajo, además, en estos sectores, que tienen mayor presencia de hombres, la clandestinidad laboral era inferior.

---

[453] De esta manera, se reseña que: "*Una clase hay en Barcelona muy numerosa, muy desgraciada, muy digna de compasión y muy olvidada. Hablo de jornaleras de las fábricas, a quienes se da el apodo ofensivo de chinchas (chinches), cuyo origen ignoro. Esas infelices, desde la edad de doce años o poco más, entran en una fabrica, donde, durante doce horas diarias, respiran un aire infecto, en medio de un ruido infernal. En el taller se llega a dudar del sexo a que pertenecen: haraposas, sucias, medio desnudas, con la voz cascada y las facciones contraídas y descompuestas por una vejez prematura, no hay medio de convencerse de que forman parte del bello sexo,* MAÑE Y FLAQUER, J., "La mujer de Barcelona". En MAÑE Y FLAQUER, J., *Las mujeres españolas, portuguesas y americanas,* Madrid, M.Guijarro, editor, t.I, 1872, pág. 143. En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX),* Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1984, pág.105. En este mismo sentido, señala BIZCARRONDO, "*En Madrid - reseña Meliá - son innumerables los trabajos a que se dedican las mujeres. Descontamos, desde luego, por ya conocidos, a las cigarreras, modistas, corseteras, sastras (...). Pero no es tan general el conocimiento de que hay mujeres a centenares, empleadas en las fábricas de conservas, de lámparas incandescentes, de sobres y bolsas de papel, de pañuelos, almacenes de trapo y en incontables industrias de las que no es corriente ocuparse*", BIZCARRONDO, MARTA, *Los orígenes del feminismo socialista en España.* En este sentido, se resalta la extensión del trabajo a domicilio, que más de la mitad trabaja a destajo, y siempre con salarios mucho más bajos que el hombre, MELIÁ, JUAN A., "Feminismo práctico. Cómo se explota a las mujeres", *España Nueva*, Madrid 26.IV.1908. En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX), Op. cit.*

Sobre este punto, son de interés las estadísticas existentes con relación al trabajo femenino que permiten señalar que la presencia en el mercado de trabajo es principalmente masculina, excepto en el sector servicios. Estos datos reflejan la evolución de la actividad laboral femenina en las primeras décadas del siglo XX, la cual es ascendente hasta el inicio del franquismo[454].

Las mujeres mantendrán su mayoritaria presencia en el sector terciario, seguida de su trabajo en el sector secundario, y en último lugar, el sector primario con apenas un 5,4%; si bien, este índice encuentra su justificación en que las mujeres trabajaban igual que los hombres, pero al margen del marco legal sin estar dadas de alta en ningún régimen de protección social. Estas barreras al trabajo femenino se verían agravadas por la perniciosa incidencia del estado civil. De tal modo que los registros del trabajo femenino se reducen considerablemente cuando se habla de trabajadoras casadas. Por el contrario, curiosamente, el estado civil de viuda es el más habitual en el sector de empresarias[455].

Por otra parte, en Europa, los enfrentamientos bélicos del siglo XX, tanto en la primera como en la segunda guerra mundial son acontecimientos que fueron vejatorios para la libertad de las mujeres. No obstante, paradójicamente, supusieron para las mujeres una mayor presencia en el mundo laboral, especialmente en hospitales y fábricas ante el reclutamiento de los hombres para el frente. Por lo que se asiste a la incorporación de las mujeres a puestos de trabajo hasta entonces vetados para ellas, porque se permitió que las mujeres sustituyesen a los hombres en las fábricas mientras éstos estuvieran en el frente. Eso sí, tras el final del conflicto, las mujeres son devueltas nuevamente al hogar, a las actividades excluidas del mercado extradoméstico e imposibilitada su emancipación económica.

En suma, en las décadas de los cincuenta y sesenta del pasado siglo XX en el marco occidental se consolida la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo en todos los sectores de la economía, pero, especialmente, se incrementa su presencia en el sector terciario con el desempeño de actividades

---

[454] Datos de la obra, NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936).* Fuente: Elaboración propia a partir de los datos censales consignados en el *Anuario estadístico de España de 1975,* págs. 50-52, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1989, págs.126-127.

[455] Sobre estas premisas, NIELFA CRISTÓBAL, GLORIA, "Las dependientas de comercio: Un ejemplo peculiar de trabajo "femenino" en Madrid, en el primer tercio del siglo XX". En VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX)*, *Op. cit.*, págs. 163-164.

profesionales que eran una prolongación de sus tareas familiares y del cuidado a los demás. Simultáneamente, se reduce el número de hijos/as, paralelamente al incremento de las comodidades en el hogar. Sin embargo, las mujeres continúan desarrollando principalmente y en solitario las tareas domésticas. De tal manera, que se instaura como situación admitida socialmente la doble tarea femenina, con duplicidad para las mujeres el trabajo dentro y fuera de casa.

En el marco del trabajo extradoméstico se mantienen dos situaciones muy ligadas, primera, salarios femeninos inferiores a los hombres por igual trabajo. La segunda en cuanto a que se mantiene los estereotipos sexuales, éstos son traducidos en dificultades de las mujeres en el acceso a determinados empleos y la feminización de tareas y puestos de categorías inferiores. De tal forma, que se define la persistencia de una segregación profesional que se expresaba en el desempeño por las mujeres de las actividades menos queridas socialmente y peor pagadas.

En resumen, la posición que la sociedad ha permitido ocupar a las mujeres en la vida política, económica y social es de marginación privada y pública, pues se les negaba el reconocimiento y el ejercicio de los derechos que sí tenían garantizados el colectivo de los hombres, puesto que se consideraba a las mujeres objetos de derecho y sin capacidad de obrar, y, por ende, sometidas a la voluntad del varón. Además, esta situación se veía agravada, porque las mujeres han estado juzgadas por estereotipos sexuales que han desacreditado su capacidad para ser sujetos de derecho. Al mismo tiempo que se constituyó la maternidad como una imposición sin que las mujeres tuviesen libertad para ejercer su capacidad de ser madres, en tanto se consideraba que tener hijos/as era consustancial a su propia naturaleza femenina. Por esta misma causa debían estar limitadas sus tareas al cuidado de los miembros de la familia, quedando acuarteladas en sus labores domésticas.

4.2. CONTEXTO HISTORICO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES HASTA EL PERÍODO DE LA TRANSICIÓN

4.2.1. Antecedentes historicos de los seguros sociales

"...Es necesario un freno protector que la detenga en el momento en que una desaforada pasión por el estudio comience a restar a su feminidad magníficos encantos....."[456].

Por lo descrito, antes de pasar al examen de los modelos de protección social existentes en España, conviene recordar tal como hemos mencionado, que en el devenir histórico las mujeres han sido consideradas como objetos de derechos. De tal manera, que incapacitadas jurídicas para tomar decisiones han estado sometidas a la voluntad del varón, a la par que se consideraba a la maternidad como función obligada para las mujeres. Asimismo con otro elemento característico como fue los contrastes económicos existentes entre las diferentes clases sociales, y, por ende, eran muy disparares las posibilidades de cada estamento social de disponer recursos económicos para enfrentarse a las necesidades sociales.

Durante los siglos XVI y XVII, con el objeto de atenuar la pobreza existente entre una gran parte de la población española dentro del concepto de acrisolado de asistencia social se crean entidades para dispensar auxilio a los más pobres, pero, especialmente, aumenta el número de entidades religiosas-benéficas destinadas a la beneficencia y caridad con los colectivos más desposeídos económicamente[457].

---

[456] Idea que recoge la obcecación por mantener a la mujer en el hogar, JUANES, IVAN, *Medina, 9 de mayo de 1943*. Citado por, CARMEN MARTÍN GAITE, *Usos amorosos de la postguerra española,* Barcelona, Anagrama, 1994, pág. 68. Citado por, SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori], 1996, pág.84.

[457] Se crean las Casas de Trabajo y Labor en 1565, se proponen para recoger a las mujeres vagabundas por tiempo variable.

Asimismo esta acción social diversa era, también, desarrollada por asociaciones profesionales de carácter corporativo como fueron las Cofradías y los Gremios, que con aportaciones de los socios reconocían ayudas económicas, prestaciones médico-farmacéuticas y hospitalización si fuese necesaria a aquellos que caían en situaciones de infortunio. Además, se previó la concesión de protección económica a las viudas y a los huérfanos de los cofrades y miembros de los gremios a fin de lograr la subsistencia de estas mujeres. Incluso, en algunos casos cuando el poder económico de las Cofradías fue mayor llegaron a fundar hospitales.

En la Edad moderna, estas Cofradías fueron sustituidas por las Hermandades de Socorro que se constituían en instituciones que atendían a los casos de enfermedad y muerte de los asociados; aunque sólo a veces cubrían los gastos de entierro y muerte. También, como algo novedoso, era la posibilidad de suscribir un seguro de maternidad que suponía hacer frente con derecho por parte de las mujeres a percibir una indemnización en los casos de enfermedades derivadas del parto. No obstante, los datos muestran que salvo excepciones estas corporaciones sólo se admitían a hombres, a la vez que, a través del principio mutualista, su financiación era contributiva en razón de las cuotas aportadas por los socios, por ello, esta cuantía definía la cobertura otorgada. En razón de estas obligadas aportaciones no siempre era factible su pago para las mujeres debido a sus deficitarias economías.

De esta manera, las necesidades son concebidas como un problema individual, y, por tal motivo, la sociedad afrontaba estas necesidades en solitario. El Estado liberal se mantenía ajeno a esta situación salvo con medidas puntuales que iban más encaminadas a la represión de la mendicidad que a su protección. Las únicas medidas arbitradas desde la acción estatal se centran en la lucha por la desaparición, al menos de la calle, de la pobreza al margen de cualquier medida que contemplase las graves diferencias y privilegios sociales entre los distintos estamentos. En consecuencia, cada individuo debía afrontar su subsistencia con la cobertura de las necesidades vitales con sus propios recursos alejados a toda intervención del Estado.

Este aspecto incidió en la difícil posición social de las mujeres durante estos siglos en cuanto a que primer término, su entrada en estas sociedades privadas no estaba siempre permitida. En segundo término, aunque se les permitiese su incorporación, ésta se veía obstaculizada por carecer las

trabajadoras de independencia económica que derivaba de los límites legales y populares impuestos al trabajo femenino fuera del hogar[458].

De esta forma, la primera conceptualización de protección social se hace en el marco de la beneficencia y más de corte privado que público, es decir, el status quo del liberalismo justificó la no intervención pública en la protección social. Las principales medidas eran de acción social con su gestión que se desarrollaba, en numerosos casos, con la intervención la Iglesia católica. Esta situación de atención asistencialista por las instituciones e intereses religiosos evidenció la decadencia en la política laica del momento.

No obstante, en vista del poder que estaba adquiriendo en esta materia la Iglesia, los poderes públicos gubernamentales consideraron la necesidad de que el Estado asumiese responsabilidades frente a la población con instituciones y prestaciones, que les otorguen asistencia social de carácter público frente a los males que la aquejan.

De esta forma, como consecuencia de este nuevo clima se aprobó una serie de medidas por CAMPOMANES – Ministro Gobernador del Real y Supremo Consejo de Castilla 1780 a 1786 – con el fin de que estas medidas contribuyesen a la creación de entidades benéficas de carácter público receptoras de las ayudas concedidas hasta ese momento a entidades privadas. Así como que se procurase su sustitución por los Montepíos -institución ligada al mutualismo -. Los Montepíos serían financiados y gestionados públicamente a la vez que concedían préstamos que permitían trabajar en el domicilio a las mujeres, haciéndose cargo de su obra y ayudándolas así sin necesidad de que entreguen prendas como garantías.

[458] Consúltese, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión, "Las Hermandades de Socorro coinciden con las de los siglos anteriores, si bien en el Siglo XVIII se encuentran documentadas las primeras Hermandades de mujeres, que unen al seguro de muerte y enfermedad, el seguro de maternidad y enfermedades causadas por el parto, con él se tenía derecho a la indemnización que se daba por el hijo (muerto o vivo)",* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1990, págs. 50-51.

Dicho de otra manera, fue el inicio, progresivo, de la toma por parte del Estado de la responsabilidad de atención a la mejora de las condiciones de vida y subsistencia de la población española. Sin embargo, con políticas autoritarias permanecía, de forma substancial, el individualismo en materia de protección social que suponía altos niveles de exclusión y marginación social con importantes índices de pobreza e indefensión.

El constitucionalismo del siglo XIX trató de recoger una tímida fórmula social en un contexto liberal, que provocaba inequitativa distribución de recursos entre la población, dando respuesta a una creciente demanda de exigencias democráticas y mejoras sociales. En este mismo sentido, la Constitución de 1812 se hizo eco de las primeras reivindicaciones sociales en un marco político propicio para grandes declaraciones. Estas pretensiones constitucionales tuvieron escasa duración y menos efectividad, no siendo perpetuadas en el periplo constitucional, tampoco durante períodos absolutistas y liberales con la Constitución de 1869 y la Constitución de 1876[459].

Estos textos constitucionales realizan avances en orden a la afirmación del reconocimiento y garantía de los derechos civiles y políticos de los hombres sin atender de forma específica a la cuestión de género. Sin embargo, en el marco de la protección de los derechos sociales desde la perspectiva constitucional no suponen avances reseñables manteniendo al individuo en situación de desamparo.

De esta manera, persisten medidas asistenciales como instrumento para atender las necesidades de la población, por ello, el RD de 10 y 28 de marzo de 1847 creaba hospicios, hospitales, manicomios, maternidades, Montes de piedad - instituciones de fomento al ahorro popular-. Así como las Juntas de Señoras - creadas por la Ley 1849, que atendían a las casas de expósitos o maternidades -. En este

[459] En palabras de PISARELLO, "*De esa suerte, a lo largo de casi todo el siglo diecinueve el papel constitucional de los derechos sociales no pasa de ser él de cláusulas políticas de compromiso, a menudo promovidas por élites conservadoras o liberales reformistas como una forma de dotarse de legitimidad y de desarticular los movimientos sociales que persiguen un reconocimiento más amplio de sus intereses. En ciertos casos paradigmáticos, como el del Estado Social autoritario de Bismarck, en Prusia, los derechos sociales aparecen, precisamente, como concesiones otorgadas ex principis por razones de oportunismo político y con el objeto de neutralizar las crecientes demandas sociales, y no como conquistas obtenidas desde abajo mediante la participación de los propios colectivos interesados",* PISARELLO, GERARDO, "Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", *Revista Isonomía,* núm.15, octubre de 2001. www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomía.htm

orden, el modelo social que se imponía consideraba como deseable que estas actividades asistenciales y obras de caridad fuesen desarrolladas por las mujeres. En efecto, esta participación asistencial era muy apreciada por esta sociedad que valoraba las actividades benéficas por las mujeres, pues las consideraba eran funciones propias del sexo femenino.

A este respecto, nos corresponde señalar que la percepción de esta beneficencia afectaba, mayoritariamente a las mujeres, de acuerdo a los datos del censo que se recoge a continuación. Esto es, el censo de 1860, "*que se considera el primer censo fiable, recoge como "pobres de solemnidad" a 262.000 personas, es decir, el 1,67% de la población. De estas personas, 83.657 eran varones y 178.934 mujeres (con un índice alto de mujeres viudas, lo que viene a indicar que la viudedad femenina era muchas veces equivalentes a la pobreza)"*[460].

Dentro de esta línea de acción social asistencial, durante el reinado de Isabel II, se crean las Cajas de ahorro vinculadas a los Montes de piedad. Además, con especial intensidad actúan las Casas de Maternidad que tenían como fin acoger a las madres solteras con el objetivo de que las mujeres fuesen atendidas para "ocultar la vergüenza de su estado"; estas instituciones eran gestionadas con un ámbito provincial. Con todo, debe de señalarse que ya se habían producido alguna reforma legal en busca de la mejora de las condiciones de vida y laborales de una incipiente clase social obrera con la creación de en 1853 de las Cajas de Retiros y Socorros para enfermos e inválidos[461].

Como resultado, la protección de la población seguía siendo afrontada de forma asistencial, con medidas de previsión a través de disposiciones de acción social; dentro de cuyo ámbito de aplicación era importante el número de mujeres que precisaban de la misma, derivada tal necesidad de la marginalidad con la que subsistía un número elevado de mujeres, por la prohibición social y legal de realizar trabajos

[460] Véase, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1990. pág. 97.
[461] Ya existía un antecedente de esta previsión privada pero fomentada desde por poderes públicos, en los términos de la Real Orden de 17 de abril de 1839 y el RD de 29 de junio de 1853, que encargaba a los Gobernadores la creación de una Caja de Ahorros en cada provincia para fomentar la previsión social, posteriormente ante la insuficiencia de estas medidas se crean las mutualidades, cofradías, con un espíritu religioso, con el fin de socorrer a las personas en situación de necesidad.

profesionales que las hubieran podido permitir autonomía económica. Las mujeres fueron las principales víctimas de un sistema social de carácter asistencialista que se instituyó con un marco privado ajeno a toda intervención estatal. Además, el devenir histórico de la protección social con la aparición de diferentes corporaciones, también, excluyó a las mujeres al ser impedida su incorporación por su sexo. De tal manera, que como examinamos habría de transcurrir distintos períodos de la historia de España para poder hablar de previsión social pública.

Tal y como hemos visto, en Europa, las transformaciones económicas, sociales y políticas del XIX dan lugar a la clase social obrera, si bien, en España se formó con retraso con resto de los países de nuestro entorno, pues la industrialización de la economía española se demoró en el tiempo, pero impuso los mismos apremios lacerantes que en Europa para la clase obrera. De esta forma se asiste, aunque de forma desordenada, al nacimiento de las primeras reivindicaciones sociales, así como a la aparición de los primeros conatos de conflicto entre el capital industrializado y el trabajo por cuenta ajena.

Asimismo con clara voluntad de avanzar socialmente, España se acoge a la necesidad de instaurar un sistema público de protección social; por primera vez, hay una preocupación por la protección social, la cual de forma genérica pretende regular el trabajo de colectivos calificados como débiles, el trabajo de mujeres y niños. Del mismo modo se procura una responsabilidad empresarial en seguridad e higiene en los talleres, se construyen viviendas para obreros y se oficializan los servicios médicos, farmacéuticos y de educación. Así como la previsión del coste para la atención prestada por el capellán, la cual era "lógica", dada la radical y exacerbada creencia religiosa del momento[462].

En esta línea, la ausencia de cualquier tipo de previsión social pública y la precariedad laboral y económica que sufrían las mujeres daba lugar a que el trabajo femenino se tuviera que prolongar hasta la muerte. De modo que cuando las mujeres se encontraban en estados de necesidad sin poder trabajar se veían en la obligación de acudir a las entidades de asistencia religiosa, o de carácter público para así poder satisfacer sus estados carenciales.

---

[462] Sobre esta idea, DE LA CALLE, MARÍA DOLORES, *La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política Social y Conflicto de intereses en la España de la Restauración. Reformas sociales. T.V., Op.cit.,* págs. 201, 249 y 300.

En ese marco, como he mencionado, como consecuencia del señalado retraso de la formación del proletariado en España, estas demandas en materia de protección social, también se verán demoradas en el tiempo con respecto de los países occidentales. Efectivamente, como respuesta a estos reclamos sociales y a la presión por la internacionalización se instó al compromiso estatal para el desarrollo de técnicas administrativas y económicas que neutralicen los efectos que las necesidades pueden tener sobre la población. De este modo, junto a elementos asistenciales se incorporaron al Estado liberal elementos sociales con el objetivo de promover un sistema de seguro social, que pretendía atender a las necesidades de las clases sociales más débiles económicamente.

En esta medida, el hecho más significativo en la formulación del sistema de protección social fue la creación el 5 de diciembre de 1883, de una Comisión denominada Comisión de Reformas Sociales. En su creación participan dieciséis hombres y ninguna mujer. Su finalidad era estudiar todas las cuestiones que directamente interesan a la mejora o bienestar de las clases obreras, tanto agrícolas como industriales, afectando a las relaciones entre capital y el trabajo[463].

La Conferencia de Berlín, de 15 de marzo de 1890, aunque a España no se la convocó en un primer momento por no ser considerado país industrializado, tuvo influencia en el trabajo de la señalada Comisión que aprueba el 14 de abril de 1891, el Proyecto de Ley sobre el trabajo de las mujeres.

De tal modo que a la vez que instituyó una serie de posturas paternalistas sobre el trabajo femenino, como hemos indicado, con este Proyecto se trataba de aprobar una serie de medidas destinadas a proteger a las mujeres con el reconocimiento de su derecho a un período de lactancia tras el parto cuantificado en media hora ampliable a una hora disfrutable por la mañana o por la tarde, pudiendo según la propuesta dividirlo en cuatro tiempos de quince minutos, siempre que las trabajadoras se llevasen al niño/a al centro de trabajo. En este mismo sentido se propuso una serie de medidas favorables al descanso posparto y el derecho a percepciones económicas durante el mismo.

[463] Sobre este tema, VVAA., *Cien años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad Mupresca, 2000.

Sin embargo, las acciones de protección a los derechos de las mujeres se circunscribieron al marco laboral incurriendo en una limitación del ejercicio de las mujeres de su derecho a trabajar, ya que a pesar de esta consideración de las mujeres como seres débiles no se consideró oportuno proteger su situación laboral durante el estado de gestación y a la maternidad, posiblemente, porque lo que se buscaba era su salida del mercado de trabajo.

En el siglo XX se produce un autentico viraje en los sistemas de previsión, la revolución económica conllevó las reivindicaciones sociales del proletariado con revueltas que tuvieron como consecuencia un compromiso de mejoras sociales, al menos en el marco formal de la sociedad internacional.

La ordenación normativa para esta nueva etapa de protección social será la Ley española de accidentes de trabajo, conocida como la ley Dato de 30 de enero de 1900, desarrollada por el RD de 28 de julio de 1900. Establece las plataformas jurídicas para la protección social a las consecuencias que se pudieran derivar de un accidente de trabajo; de manera que sólo quedará exonerado el empresario o patrono en los casos que se pruebe que la víctima obró con imprudencia o temeridad o fuerza mayor extraña. En este sentido se reconoce la responsabilidad objetiva, pero individual del empresario frente al riesgo social que es el accidente de trabajo. Aunque el déficit se muestra en cuanto a que es un seguro facultativo, de tal forma, que la insolvencia empresarial o la de la mutualidad dejaría indefenso al trabajadores/as accidentados.

Por otra parte, posteriormente, la Ley de 13 de marzo 1900 reglamentó el trabajo femenino[464]. Esta Ley del Trabajo de la mujer reguló el empleo de las mujeres mayores de dieciséis años; así, estableció la prohibición que las mujeres volviesen al trabajo hasta trascurridas tres semanas tras el parto y con derecho al reingreso finalizada la baja maternal, asimismo con derecho a una hora diaria retribuida para amamantar al hijo[465].

---

[464] Para ampliar contenidos debe ser estudiada la obra de VVAA., *Cien años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad Mupresca, 2000.

[465] Real Orden Circular de 2 de julio de 1907 (Gaceta del 3) sobre la clasificación de las industrias en relación con el trabajo de mujeres y los niños; y el RD de 25 de enero de 1908 (Gaceta del 27) que especifica las industrias o trabajos prohibidos total o parcialmente a los menores de dieciséis años y a las mujeres menores de edad.

No obstante, esta regulación supuso un fracaso, puesto que las obreras lo incumplían al no percibir retribución salarial durante dichos períodos, máxime cuando habitualmente el sistema de retribución era a destajo. Además, al no existir reserva del puesto de trabajo lo ordinario era que las mujeres perdiesen su trabajo a menos que se incorporasen precipitadamente a su empleo tras dar a luz. Sin embargo, ha sido considerada como esencial en la regulación del trabajo femenino hasta la Ley del Contrato de Trabajo de 1944.

En este orden, durante la vigencia de esta norma se aprobaron una serie de mejoras de la protección de las mujeres tras el parto, esto es, la Ley de 8 de enero de 1907 (Gaceta del 10) se estableció un descanso con suspensión del contrato de trabajo de cuatro a seis semanas tras el alumbramiento, manteniendo con reserva del puesto de trabajo. Asimismo la conocida como la Ley de la silla, de 20 de febrero de 1912 se otorgaba a las mujeres en estado de gestación, el derecho a una silla. También, el RD de agosto de 1923 (Gaceta del 23) fijaba taxativamente en seis semanas el período de interrupción del contrato laboral de las mujeres una vez producido el alumbramiento teniendo derecho al reingreso tras la baja maternal, persistiendo la probabilidad de una hora libre diaria de lactancia, pero sin ser ésta deducida del sueldo[466].

A este respecto, las modificaciones legales se ven conducidas por las Conferencias Internacionales entre 1917 a 1922, que iniciaron el camino a la protección de la maternidad. Esta idea de protección de la clase trabajadora en España al igual que en el resto de los países europeos, se traduce en la protección de las trabajadoras cuando éstas ejerciten la función social de la maternidad.

En definitiva, hasta el momento las expresiones de protección se habían limitado al marco laboral y a su ejercicio, pero, también se intuye un cambio social en materia de prevención social a través de estas medidas de protección de la maternidad que preceden a la etapa de desarrollo y consolidación del sistema de los seguros sociales. No obstante, como hemos indicado en el capítulo primero, es paradójico que entre las primeras medidas de protección social que se realizan sea a la maternidad, cuando es

[466] Al respecto, DE LA CALLE, MARÍA DOLORES, *La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política Social y Conflicto de intereses en la España de la Restauración. Reformas sociales. T.V., Op.cit.,* págs.294-295.

definitorio y desencadenante principal de la exclusión y marginación social femenina, aunque sin lugar a dudas esta protección es positiva desde todas las perspectivas.

En consonancia con esta nueva responsabilidad del Estado en 1903 creó un organismo de gestión social, el Instituto de Previsión Social, que perduró en distintas etapas y momentos políticos diversos hasta la etapa democrática. Sin embargo, para facilitar el desarrollo de su labor fue necesario como señala López Núñez, "el Instituto Nacional de Previsión había procurado la formación de una conciencia social referida a la previsión"[467].

El nuevo sistema de seguros sociales se definió en los términos del sistema bismarquiano, a saber, como un conjunto de medidas que tenían el objetivo de proteger al individuo frente a los riesgos de naturaleza económica con el reconocimiento de prestaciones individuales, por eso se personalizaba el riesgo en una persona y no en su patrimonio.

En suma, era distribuir entre la colectividad la cobertura de forma efectiva de riesgos con un sistema de seguros sociales obligatorios, que formulados por un régimen financiero fuese requisito determinante de la condición de beneficiarios de las correspondientes prestaciones, y que se relacionasen con una gestión técnica y administrativa desarrollada por las veinte Cajas Colaboradoras del inp. No obstante, el inp es responsable del gobierno de la previsión social en España, aunque las funciones consultivas de asesoramiento las realizaban los Patronatos de Previsión Social en los que estaban representados patronos y obreros.

En esta línea, se inicia el sistema de seguros sociales de forma paulatina. Así, corresponde citar el Retiro Obrero en 1919; el RD de agosto de 1923, para la regulación provisional del Seguro Obligatorio de Maternidad a favor del derecho de las trabajadoras a percibir un subsidio después de dar a luz. Este seguro se regula definitivamente por RD de 22 de marzo de 1929, siendo su Reglamento de 29 de enero

[467] Discurso de LÓPEZ NÚÑEZ, A., de 6 de junio de 1920, en *PINP,* núm. 686 (2ªedic.). En SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988, pág. 13.

de 1930, puesto en práctica con el Decreto de 26 de mayo de 1931, ratificado por la Ley de 8 de septiembre de 1931 y el 1 de octubre de dicho año.

La fórmula de los seguros sociales se convirtió en un muro maestro social nacidos al amparo de las modificaciones sociales y constituida con el sistema de previsión social, que supusieron una abrupta evolución en la contienda social en defensa de las mujeres. Sin embargo, como todos los intentos anteriores que hubo de previsión, éstos se definían en su ámbito y contenido en la exigencia previa de un contrato de trabajo, y de la cuantía de la retribución salarial que determinaba la cuantía de la prestación dineraria. Eran financiados con aportaciones del trabajador/a y del empresario. Esta circunstancia supuso que los mismos no fueran bien recibidos por la clase obrera que veía reducido su salario, y fueran consideradas por los empresarios sus aportaciones como un coste social adicional.

Situación que junto con la descoordinación en la organización y gestión se tradujo en dificultades para subsistir este sistema que, además, estaba aquejado por la falta de unidad en la gestión y la dilapidación de los recursos en un asimétrico arquetipo social de protección.

En efecto, el advenimiento de este siglo XX aportó al marco social de las mujeres trabajadoras el inicio de una protección paternalista en el marco laboral. Por otro lado, sistema de protección social se consolidó bajo los cánones de una fórmula de capitalización y vinculada su efectividad a la existencia de un contrato de trabajo. Las mujeres se vieron relegadas en el acceso a los seguros sociales, puesto que, o bien tenían limitada su incorporación al mercado de trabajo, o bien, como resultado de la división sexual y de los tradicionales estereotipos sexuales su presencia era restringida a puestos de trabajo con peores condiciones laborales.

No obstante, el devenir de distintos acontecimientos en España determinó cambios políticos, que supieron que durante la República se implementasen sus fines sociales en el marco jurídico con reformas legales que pretendían superar el tradicional déficit en la protección de los derechos sociales a la par que se respondió a la necesidad de incorporar con la Constitución republicana los intereses y elementos valorativos de los distintos grupos sociales que integraban la comunidad.

4.2.2. Constitución republicana (1931)

> "*El trabajo hacia fea a la mujer y prematuramente la envejece, convirtiéndola en antipática virago. De no existir solteronas inteligentes y viudas desamparadas, diría que, el reclamar el ejercicio de toda clase de oficios, sólo significaba reivindicar el derecho a la fealdad y a la decrepitud anticipada"*[468].

La II República fue el ideal en el que pusieron sus esperanzas las mujeres. De esta forma, desde la perspectiva de nuestro trabajo, la posición de las mujeres se vio afectada en diferentes términos durante este período con la Constitución de 1931, en primer lugar, se establecieron mecanismos formales para la participación femenina, asimismo se les reconoció el derecho al voto.

Así, se incrementó la presencia femenina en diferentes órganos del Estado[469]. De este modo se les permitió el acceso a altos cargos de la Administración[470]. En esta medida, el artículo 25 establecía "*No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: el nacimiento, la clase social, la riqueza, las ideas políticas y las creencias religiosas. Se reconoce en principio la igualdad de derechos de los dos sexos"*[471].

---

[468] Reflejo de la idea sobre el papel de la mujer en la sociedad, RAMÓN Y CAJAL, S., *La mujer. Psicología de Quijote y quijotismo,* Madrid, J. GA Perora, 1944, págs. 83-87. Citados por, NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op. cit.,* págs.456-484.

[469] Sin embargo, as dificultades de avanzar hacia el reconocimiento de los derechos femeninos se puede apreciar en las aportaciones de CAMPOAMOR, CLARA (Diputada radical y miembro de la Comisión Parlamentaria y posteriormente Directora General de Beneficencia), *Mi pecado mortal: el voto femenino y yo,* Madrid, Librería Beltrán, 1936.

[470] El artículo 40 de la Constitución de 1931 establece: "*Todos los españoles sin distinción de sexo, son admisibles en los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen".* Pero se cierra el paso de las mujeres al cuerpo notaría, abogacía del Estado y la carrera judicial. Sin embargo, no se puede desconocer que las mujeres por primera vez accedieron a puestos superiores dentro de la Administración, aunque referenciados al marco de la atención a los demás y actividades sociales, así Victoria Kent, fue directora de prisiones, Federica Montseny llegó a ser Ministra de sanidad en 1936, y Clara Capoamor fue Directora de la Beneficencia.

[471] La citada Diputada Clara Campoamor, logró en el debate general de aprobación de la Constitución, que las Cámaras se implicasen en la declaración de la igualdad a favor de la ciudadanía sustituyendo la genérica fórmula de

En segundo término, en materia de educación se inició una campaña contra el analfabetismo femenino; de tal manera, que éste descendió al 55%, aunque las diferencias en materia de educación se iban limando torpemente. La educación es uno de los barómetros de la situación social de las mujeres, así, siguen siendo durante este período minoritario el número de matriculaciones de las mujeres en la universidad. La presencia femenina era, mayoritaria, en carreras como farmacia, filosofía y letras y derecho; en esta última, se triplica el número de alumnas durante 1931 con referencia al curso anterior, tal incremento se vio justificado por las posibilidades de empleo en la República para las tituladas en derecho[472].

En tercer término, sin una fórmula clara, el texto constitucional Republicano de abril de 1931 permite señalar que entre sus objetivos se encuentra la igualdad entre los sexos. Sin embargo, este fin no sería tan fácil de alcanzar, manteniendo el histórico alejamiento de la realidad social de las mujeres. El feminismo toma un lugar en la política española y comienzan los primeros resultados, aunque su labor se vio dificultada por los intereses masculinizados del Estado, así como la idea de la incapacidad de las mujeres para tomar sus propias decisiones.

En esta línea, se reclamaba el reconocimiento social de las mujeres como ciudadanas con derecho a una igualdad jurídica, en consecuencia, debían ser titulares de los mismos derechos que los hombres. Por ello, se reivindicaba que las mujeres por su sexo no se vieran abocadas a la marginalidad y obligadas en sus decisiones por los roles sociales asignados a las mujeres con relación al matrimonio y a la maternidad.

De este modo, las primeras modificaciones irán estructuradas en este sentido. Así, explícitamente se declaraban nulos todos los Decretos y Reglamentos anteriores que prohibiesen el matrimonio de las obreras y dependientas. Así como la eliminación de todas las medidas que incitasen a la extinción del contrato en el caso de contraer matrimonio, y, especialmente, se regulaba con la prohibición de catalogar

---

"principio de igualdad de derechos", por la mencionada en el artículo 25 en el cual se específica la condición de la mujer como sujeto diferenciado del varón.

[472] Consúltese para conocer mejor el tema, NASH, MARY, *La mujer y el movimiento obrero en España, 1931-1939*, Barcelona, Fontamera, 1981.

a la indemnización en el supuesto de extinción de contrato como dote matrimonial aportada por las mujeres[473].

Pero, aunque las mujeres consiguieron una cierta independencia económica al incorporarse a la producción social, sin embargo, tuvieron las mujeres que seguir ocupándose de hijos/as y de la casa, porque el bienestar de la familia reclamaba según persistía en la creencia social que las mujeres debían seguir teniendo como prioritario objetivo del cuidado de la familia[474].

En este orden, los avances de las mujeres en el mercado de trabajo se vieron rechazados por una poderosa Iglesia católica que se mostraba en contra de estas nuevas políticas de izquierdas con respecto de las mujeres: "*Pretenden arrancaros vuestra fe religiosa que es la base de toda libertad, de toda consideración y de todo amor, y pretenden separaros de vuestro hogar donde sois reinas, y privaros de la sana educación de vuestros hijos, que son la corona de vuestra gloria"*[475].

En suma, la situación de los derechos de las mujeres durante la República mejoró ostensiblemente. Sin embargo, a pesar de este incremento de las mujeres en el mercado de trabajo persiste la necesidad de autorización marital para que pudieran iniciar una relación laboral. Además, las mujeres continuaban siendo víctimas de la división sexual del trabajo, de tal forma, que la presencia femenina será en los puestos de trabajo de categorías inferiores, mientras que los puestos superiores serían ocupados por hombres.

---

473 Datos de relevancia para este estudio, NÚÑEZ PÉREZ, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936)*, "*El 80% de las trabajadoras son solteras y viudas, y menores de 30 años, con lo cual se indica que cuando se contraía matrimonio la mujer dejaba su trabajo. Un dato que debe tenerse en cuenta que sólo el 4% era la participación femenina en el concepto de empresario, y del mismo el 83% eran viuda*s", NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936)*, *Op. cit.*, págs. 235 y 405.

474 Consúltese, PALENCIA, ISABEL, *El socialista*, de 14 de mayo de 1932. En NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica (1931-1936), Op. cit.,* pág.491.

475 Sirva para ampliar contenidos, SÁNCHEZ, LUIS, "A donde van las mujeres", *Cruzada Católica,* núm. 10, septiembre de 1933, pág.2. En NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op. cit.,* pág.467.

De este modo, se registran mujeres trabajando en la Administración civil del Estado, como auxiliares 1.284 mujeres de 2.445, un 52,5%, oficiales administrativos había 65 mujeres de 1.625, que suponían el 3,9%, mientras que como jefes de negociado 21 trabajadoras de 1.898 personas, siendo solamente el 1,1 %, y ninguna mujer jefe de administración de 397 trabajadores[476]. Con lo cual se observa que cuanto más alto era el puesto, menor la presencia femenina[477].

De esta manera se persiste en los papeles asignados según el sexo por la sociedad tradicional, en la consideración del hombre como el sustentador. Así, incluso tras la Ley de contrato de trabajo de noviembre de 1931 en su artículo 15, siendo todavía MINISTRO LARGO CABALLERO, se aprobaron las bases de trabajo en algunos sectores como el agrícola forestal con cláusulas prohibitivas de contratación de obreras mientras existiesen varones parados. Especialmente, era una medida aplicable en ambas Castillas, León y Andalucía Oriental. Además, las mujeres estaban excluidas de los registros oficiales de la clase trabajadora incluida, la sección que integraban actividades temporales en períodos de recolección, que, por otra parte, eran trabajos que por la temporalidad y la precariedad de los mismos eran habitualmente desempeñados por mujeres.

---

[476] En este apartado hay una serie de acontecimientos que deben ser mencionados, tal como el Decreto de 26 de mayo de 1931 (gaceta 27) se crea el cuerpo de auxiliares femeninos de correos, asimismo, se crea por Decreto de 23 de octubre (gaceta 24) la Sección femenina Auxiliar del Cuerpo de Prisiones, así como, el Decreto de 29 de abril de 1931, que concede a las mujeres la posibilidad de opositar a notarias y registro de la propiedad. En este aspecto la Diputada Clara Campoamor intentó el acceso femenino a la policía y al ejército. Pero se mantuvo cerrado estos cuerpos a la presencia femenina, así como, el derecho de acceso al desempeño de las funciones de jueces, fiscales, y magistrados.

[477] En esta misma medida, NÚÑEZ PÉREZ, recoge las Bases de trabajo reguladoras 1, 9, 14, 31 de la Industria Alimentaria no permiten el trabajo en la panadería de las mujeres, la justificación debe de encontrarse en que tal fabricación era principalmente por la noche. La Base 19 de la Industria de la confección - vestido señala que está prohibido para las obreras de gorrería y similares en Madrid, el trabajo de planchado de la horma, mientras que la Base 10 referida a la gorrería barcelonesa índica que los cortadores deberían ser necesariamente varones, NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op. cit.,* pág. 228. En esta misma línea, se reserva al hombre trabajos, oficios y categorías, tales como en Granada la recogida de aceituna, almendra del suelo, destalle y enmanillado de tabaco; clasificación, alargar para cogerlo, descolgar y envolver tabaco; pelar o descular remolacha; desfarfollar maíz; espigar o arrancar menjunje o semillas, Como recoge, tras la elaboración propia a partir de las bases de trabajo reproducidas, GONZÁLEZ- ROTHVOSS, M. *Anuario español de política social (1934-1935)* págs. 413-464. En NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op.cit.,* pág.235.

Esta situación de marginalidad social femenina y de exclusión del mercado de trabajo, con una obligada subordinación y sometimiento al varón será mayor en Andalucía oriental y en el interior de España; mientras que sería más liviana en zonas industriales. Paradójicamente, en zonas con menor apertura al exterior como Galicia eran habituales los matriarcados, puesto que las mujeres tenían que realizar las tareas agrícolas, ganaderas y pesqueras, mientras los varones emigraban a zonas industriales, o al extranjero ante el endémico desempleo que sufre esta región. Una emigración que comenzaba a adquirir, durante esta época, grandes dimensiones y que se veía influida al olor del retorno de capitales procedentes de las antiguas colonias españolas, retorno que se produce en esta década.

Por otra parte, la "cuestión social femenina" no fue debatida en los proyectos de política social por considerar a las trabajadoras ajenas a los grupos de poder, que no presentaron la cuestión de género con la particularidad que debía haber tenido; pues las mujeres, aunque formalmente se reconocía su derecho a participar, pero la realidad fue distinta y su presencia pública no fue de tal consideración. Igualmente, su propia desventaja histórica, por falta de costumbre y práctica, entorpeció su afiliación a los sindicatos que era el instrumento de presión para alcanzar logros sociales durante esta etapa de incipiente constitucionalismo social. Es decir, esta situación se empeoraba por la falta de tiempo material de las mujeres para dedicarle a la defensa de sus propios derechos. Además, se agravaba por su ausencia de formación, que se justificada por cuanto tradicionalmente habían estado consagradas a sus obligaciones en el cuidado de la familia y de lograr su subsistencia.

Sin embargo, en este contexto, con la Constitución de la II República en 1931 no se puede desconocer que comenzó una línea de actuación en búsqueda de la mejora de la previsión social en los términos marcados por los textos internacionales. En esta medida, supuso un avance social con el estigma de ser configurado el sistema de protección social con una base netamente contributiva, así, se utilizó el criterio de la carencia para considerar a los beneficiarios de las prestaciones sociales y su cuantificación.

En este sentido, la previsión social durante la República obtuvo un marco de estabilidad al margen de cualquier cambio político a la par que estableció un presupuesto independiente, si bien, aunque cuantioso con respecto del presupuesto general, pero es exiguo comparado con el de otras naciones. No

obstante, el INP, también, realizó inversiones sociales para favorecer la satisfacción de las necesidades sociales del proletariado. Por estas inversiones sociales se estrecha su relación con los Ayuntamientos y Cooperativas de Casas Baratas en la concesión de préstamos hipotecarios para las obras públicas.

El objetivo de este sistema de seguros sociales era lograr el bien común y cuya gestión le fue asignada al INP que quedaría encuadrado en el Ministerio de Trabajo y Previsión Social, que por su parte verá incrementado su ámbito competencial con la sanidad en 1935 y en 1936 con Justicia; fue la respuesta a un intento de reducir gastos generales del Estado[478].

En consecuencia, con los seguros sociales se pretendió que España se incorporase al cambio social que estaba ya consolidado en la cultura occidental. Así, el INP deberá desarrollar una política promotora del aseguramiento social, y en su gestión participar patronos, trabajadores, representantes de las Cajas Colaboradoras, de la Caja Postal de Ahorros, y de la sección española de la Asociación para el Progreso Social y de aquellos otros organismos que practicasen algún tipo de medida contra el paro.

El artículo 46 de la Constitución de 1931 señaló que la República debía de asegurar a todo trabajador las condiciones necesarias para una existencia digna. De esta forma, se asumía la responsabilidad de un sistema previsor, que obligaba a una política intervencionista del Estado en el marco de la efectividad de la justicia social con el fin de defender a los débiles económicamente contra la miseria con un sistema de financiación apoyado en la contribución tripartita Estado-patrono-obrero. Aunque en un primer momento suspendida la aportación obrera, salvo en el caso del Seguro por Maternidad que las trabajadoras debieron realizar aportaciones desde el primer momento de su configuración.

La Constitución de 1931 se consolidó en el sistema de protección social a través de los seguros sociales, pues se establecieron unos seguros y se mejoraron otros. Así, el Retiro Obrero creado el 11 de marzo de 1919 y puesto en marcha en 1921, se vio mejorado por el Reglamento General para el régimen

[478] Para este epígrafe es preciso consultar la obra de SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República, Op.cit.*, 1988.

obligatorio del Retiro Obrero, tanto en su campo de aplicación como en las cuantías de las pensiones. De la misma forma, que se puso en marcha el proyecto para el Seguro de Vejez, Invalidez y Muerte (SOVI). Asimismo se aprobó la mejora del seguro para los casos de enfermedad, accidente de trabajo. Igualmente, se perfeccionó el seguro en el caso de accidente de trabajo en la agricultura, comercio, industria, por otro lado, se constituyó la Caja Nacional contra el paro forzoso (Decreto de 25 de mayo de 1931), y se establecen distintas medidas de protección por invalidez y muerte en orden a lo establecido en el artículo 155, del Reglamento de Accidentes de Trabajo. Por último, vale decir, que se estableció una protección a los emigrantes españoles a través de las instituciones de cooperación internacional[479].

A lo descrito, la memoria del Instituto Nacional de Prevención, sobre el seguro de desempleo de 1933, señala que de 20.000 obreros que habían recibido subsidio del paro sólo habían percibido el subsidio 1.00 mujeres. Sin embargo, la socialista Claudia García, "achaca esta situación a que este reducido número se debe más que a la falta de mujeres desempleadas, es debido a la falta de afiliación al seguro de paro"[480]. Así como por no poder acreditar las mujeres el número de meses de cotización requerido por esas sociedades mutualistas, especialmente, afectadas eran las trabajadoras eventuales, que de ordinario eran exceptuadas de esta protección por desempleo.

Igualmente, se estableció un seguro para proteger la maternidad que refleja los compromisos adquiridos por la República en contextos internacionales, especialmente, con la responsabilidad adquirida con la Organización Internacional del Trabajo al ratificar España en 1922, el Convenio de 1919[481]. Esto es, el Decreto de mayo de 1931 consagra tras una implantación progresiva, el Seguro Social Obligatorio de Maternidad que es el resultado de los compromisos internacionales asumidos con la OIT ya citados. Así como expresión del reconocimiento del marco constitucional del artículo 46, por el que se establece el

[479] Sobre este tema es importante la obra de SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República, Op. cit.*, capítulo VI.
[480] NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op. cit.,* págs. 189-258-260.
[481] VVAA.*, Cien años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad Mupresca, 2000.

reconocimiento de la protección de las mujeres durante la maternidad, tanto antes como después del parto[482].

La protección integraba, tanto asistencia en clínicas, hospitales o maternidades con la colaboración de Ayuntamientos y Diputaciones como el derecho a una indemnización durante el descanso maternal y un subsidio desde 1934 por lactancia de 5 pesetas por semana e hijo durante diez semanas, con posibilidad de percibirlas en metálico o en alimentos. Este seguro prestaba un descanso obligatorio con derecho a percibir recursos, aunque del mismo quedaban excluidas las mujeres del servicio doméstico, pero sí incluía a las mujeres con trabajo a domicilio[483].

En efecto, este Decreto de 26 mayo de 1931 se puso en funcionamiento el 1 de octubre el Seguro de Maternidad, tras el compromiso internacional de España. Defendido e impulsado por el MINISTRO DE LARGO CABALLERO que lo consideraba, *"una obra de pacificadora justicia social, lenta por educativa, sólida por ser técnica y fecunda por ser realizada por la ponderada cooperación de personas procedentes*

[482] Esta norma preveía un descanso obligatorio tras el parto, con derecho a percibir un subsidio. Dentro de su ámbito de aplicación quedaban excluidas de tal protección las mujeres del servicio doméstico, sí incluía a las mujeres de trabajo domicilio. Para percibir el subsidio se requería que la mujer hubiese cotizado al seguro los trimestres trabajados y ser examinadas en los dos meses anteriores al parto, la indemnización por descanso era proporcional al tiempo de cotización al seguro durante los tres años anteriores al parto, 15 pesetas por cada trimestre. El Estado durante los tres primeros años de implantación del seguro retribuiría a todas las madres con 90 pesetas o 6 cuotas trimestrales, que significaban 2,50 pesetas por cada día no trabajado en las 6 semanas de reposo obligatorio. A las inscritas en el régimen de retiro obrero al entrar en vigor el seguro, se les computaría el tiempo en tal régimen a los efectos de obtener la indemnización por descanso, utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y la Infancia, y el subsidio de lactancia hasta un máximo de 50 pesetas por 10 semanas, es decir, la madre recibiría 5 pesetas por semana si lactaba directamente a su hijo y si había abonado las cuotas correspondientes al seguro. Asimismo, se reconocían indemnizaciones especiales en caso de enfermedades del hijo, parto múltiple, ausencia del trabajo por plazo superior al reglamentario. Se abonarán siempre que los fondos del seguro permitiesen. El patrono que no inscribía a la obrera en el régimen del seguro estaba obligado a sufragar la indemnización de descanso, aparte de la correspondiente multa, y todos los beneficios que hubiese perdido aquella. La asistencia sanitaria era cargo de las Administraciones locales. El patrono cotiza al trimestre 1,90 ptas.; obreras 1,85 ptas. Cotizaciones fijadas por el Decreto de 26 de mayo de 1931; los excedentes se distribuirán entre el fondo maternal e infantil, cajas colaboradoras e indemnizaciones especiales. NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op. cit.*, págs. 258 a 270.

[483] Obra que precisa consultarse, NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica.(1931-1936), Op.cit.,* págs.258-259 y 260.

de los campos políticos y sociales, unidos en un común sentimiento de amor a los económicamente débiles"[484] .

De ese modo, fue una norma amparada por el Ministro Largo Caballero, aunque sin demasiado respaldo social por el desconocimiento de la misma por la clase obrera y su incidencia económica para el empresario. Se consideraba el derecho de todas las obreras y empleadas a la afiliación a este seguro siempre que estuviesen inscritas en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero, cualquiera que sea su edad, nacionalidad, y lo que era más importante el estado civil, pues sectores de la Iglesia y de la sociedad conservadora habían solicitado que se excluyese a las mujeres no casadas.

Para percibir prestaciones a las mujeres se les exigía previo aseguramiento y cotización en los meses trabajados, otorgando a las madres una indemnización proporcional al tiempo cotizado al seguro durante los tres años anteriores al parto. Aunque, durante el primer trienio, sin tener en cuenta el mecanismo asegurador, se confía su financiación a las aportaciones de la empresa al Presupuesto General del Estado. Asimismo, se reconocía el derecho a un subsidio de lactancia si lactaba directamente a su hijo, y, además, en el caso de haber abonado cuotas al seguro las madres tendrían derecho a indemnizaciones en los casos de enfermedad del hijo, parto múltiple o ausencia por plazo superior al reglamentario.

Posteriormente, la Orden de 3 de octubre de 1931 (Gaceta 21) autorizaba al INP a pagar un subsidio a las madres que dando a luz en octubre no hubiesen podido disfrutar del seguro, manteniendo su carácter contributivo al requerir haber cotizado 90 cuotas diarias al año al fondo del seguro del Retiro Obrero obligatorio por parte de las aseguradas, para recibir la indemnización del descanso de 90 ptas. que el Estado concedía a las asalariadas en los primeros años de implantación del seguro.

Con este orden jurídico, para la efectividad de este seguro se debió realizar una campaña de sensibilización, porque los patronos respondieron reduciendo la contratación femenina, teniendo este

[484] *Anales del INP*, 1931 (I), núm. 91, mayo-junio, pág. 607. En SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República, Op. cit.,* pág. 280.

procedimiento un efecto contrario al empleo de mujeres. Además, se recogen críticas de las propias obreras que aludían a que esta medida era una ficción, ya que al contraer matrimonio cesaban en su puesto de trabajo. E incluso, los propios anarquistas consideraron que esta disposición era contraria a la clase obrera, suponiendo un robo a la misma[485].

No obstante, se incrementa el número de cotizantes al Seguro de Maternidad en Cataluña, Baleares, Andalucía occidental frente a la situación existente en Andalucía oriental, Castilla, León, Extremadura[486]. En esta medida, es un hecho significativo que sea mayor el número de mujeres aseguradas en las zonas donde hay mayor industrialización. Esto es, el mayor número de afiliaciones al seguro de maternidad se produce en Cataluña y Baleares, y en menor medida Valencia y Andalucía occidental y muy inferior en León, Extremadura (especialmente, en el sector ferroviario las guardabarreras), Navarra, Castilla la Vieja y la Nueva.

En esta misma línea, la Ley del Contrato del Trabajo, de 21 de noviembre de 1931 prevé un permiso en los casos de alumbramiento, que de acuerdo a la ratificación que España de la Conferencia de Washington de la oit se establecía el mismo en seis semanas obligatorias después del parto, y otras seis semanas antes del parto si la obrera lo decidía debido a sus condiciones físicas, enfermedad o muerte de parientes. Se recogía, por primera vez, el derecho a la solicitud de las excedencias por cuidado de hijos/as y familiares con reserva del empleo.

Por otro lado, y tal como hemos mencionado, el colectivo perteneciente al servicio doméstico, mayoritariamente femenino, ha sido uno de los colectivos de trabajadoras que más discriminaciones legales han sufrido. Se les eliminó de la regulación de la jornada máxima de ocho horas regulada por el Decreto de 13 de mayo de 1931. Al mismo tiempo, que se imposibilitaba que formasen parte de los Jurados Mixtos. Fueron exceptuadas de la regulación del seguro de accidente de trabajo por Reglamento de agosto de 1931, en el artículo 5, que regula el accidente de trabajo en la agricultura, y por el artículo 8

[485] SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República, Op. cit.,* págs 284 y 285.
[486] Con relación a este dato ver la obra, NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936), Op. cit.*, págs. 258 a 270.

del Decreto-Ley de 10 de octubre de 1932, norma que regula el accidente de trabajo en la Industria. Tampoco, se incluyeron en tal protección por el Reglamento de la Industria de 31 de enero de 1933.

También, son excluidas las mujeres empleadas de hogar del Seguro por Maternidad con la regulación del artículo 3 del Reglamento del Seguro de Maternidad, de enero de 1930. Esta exclusión se produce a pesar de que se intentó su incorporación en 1928, aduciendo que era una posibilidad para evitar que incurriesen en el infanticidio o cayesen en la prostitución. Asimismo, continuaron excluidas del Retiro Obrero de 27 de septiembre de 1921, y del descanso dominical previsto el artículo 4 del Decreto-Ley de 8 de junio de 1925. Tampoco, podían acudir a la jurisdicción especial de lo social, es decir, a los Tribunales Industriales, aunque sí a la jurisdicción ordinaria. No se incluyen en el campo de aplicación del seguro por paro forzoso establecido por el Decreto 25 de mayo, y 30 de septiembre de 1932. Siendo este colectivo de ordinario integrado por mujeres no es sino el claro reflejo de la marginalidad que sufría las mujeres trabajadoras.

En definitiva, este período tiene una esencial importancia para los derechos de las mujeres, especialmente, en el marco del incremento de la participación de las mujeres en la vida política. Es decir, se perfeccionó y mejoró el seguro obligatorio de Retiro Obrero, se puso en marcha el Seguro de Maternidad, se extendió el seguro de accidentes de trabajo a la agricultura, se establecieron mejoras para los inválidos, asimismo se creó la Caja nacional contra el Paro Forzoso, consolidó una estructura y un presupuesto independiente destinado a la Previsión Social, y en general impulsó la política aseguradora.

El Estado mantiene una política social de compromiso con la clase obrera, que supone un sistema que sigue los parámetros establecidos por la Comunidad Internacional. Se esquematiza el sistema social en la dualidad de la protección social. Por un lado, la actividad desarrollada por el Fondo Nacional de Asistencia Social, que sostiene una beneficencia genérica para aquellas personas que no estaban incorporadas al mercado de trabajo. Por otro lado, se proyectaba una previa capitalización que serviría para proteger riesgos como vejez, la muerte y el desempleo.

Por otra parte, durante este período se conceptualizó la bipolarización de la protección que da contenido al concepto de la doble ciudadanía social, con el fin de proveer a la sociedad de bienes

suficientes para la satisfacción de las necesidades sociales. Con dos parámetros, por un lado, la consideración de la asistencia pública universalista sobre la que los Estados son menos reticentes a su instauración, y por otro lado, la seguridad social pública que exige mayor compromiso estatal, y está restringida a las personas que previamente han efectuado cotizaciones.

Sin embargo, tampoco se debe obviar que los avances en los derechos sociales y políticos se producen olvidándose de la cuestión femenina que fue abandonada en razón de procurar las medidas para alcanzar logros para la sociedad civil. La República no elimina estas exclusiones sólo las redefinió con ambigüedades y contradicciones. No obstante, entre sus proyectos estaba la mejora del Seguro por Maternidad, esto es, mejorar las prestaciones con causa en la maternidad, ampliando los servicios sanitarios y extendiendo el campo de aplicación al incluir a las mujeres de los obreros inscritos en el futuro sistema de seguros unificados.

En conclusión, con la Constitución de 1931 se inicia la consolidación de un período de reconocimiento y garantía de los derechos sociales de la clase obrera, siendo su exponente el sistema de protección de los seguros sociales disciplinados con cánones bismarquianos. Esta visión individualizada de cada riesgo, por lo que a cada uno de ellos le correspondía un seguro social de corte análogo al sistema bismarquiano; este sistema se consolidó con las deficiencias que determinarían que, posteriormente, fuese necesaria una reforma radical de la protección social española.

Así, durante la II República se trazó en mayo de 1936 el proyecto de unificación de los seguros sociales tan necesario para dar continuidad al propio sistema social[487]. Sin embargo, como toda medida

[487] SAMANIEGO BONEU, recoge las premisas que guiaron el proyecto de unificación de los seguros sociales, de tal manera, el objeto era desde la coordinación agrupar los seguros manteniendo las distintas categorías de prestaciones, indemnizaciones y la clasificación de los seguros según la causa que determinase la pérdida de los medios de existencia. Todo ello a la vez que se avanza en la obligatoriedad de los seguros sociales y se mejora su financiación. Al propio tiempo se elaboró un proyecto sobre la Ley de Seguros de Vejez, Invalidez y Muerte, que siguiendo las Recomendación de la XVII Conferencia Internacional de Trabajo de 1933 apreciaba como conveniente que el triple seguro se extendiese para dar protección a toda persona que realice trabajos asalariados, incluyendo trabajadores independientes de la industria, agricultura y comercio, SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, *Op. cit.*, págs. 344 a418.

de progreso en materia de protección social se vio paralizada por la Guerra Civil y sus efectos dramáticos para la sociedad española.

4.2.3. Período 1939-1975. la dictadura

> "*Hincharon las velas de aquel feminismo absurdo que iba desde la sufragista masculinizada y la heroína de novela ibseniana (que en lugar de hijos y amor a su hogar tenía conflictos espirituales) hasta la compañera marxista, desvinculada de su autentico destino de mujer para entregarse con su eventual pareja a campañas de agitación y propaganda revolucionaria*"[488].

Las consecuencias de la Guerra Civil y del régimen dictatorial transgredieron todos los frontiscipios jurídicos y sociales que las mujeres habían ido tejiendo lentamente a lo largo de la historia. De tal manera, que para las mujeres fue, con mucho sufrimiento, una regresión en la protección de los derechos de las mujeres a la par que se postuló por una vuelta a su reclusión en el hogar para atender a las responsabilidades familiares y cumplir con la maternidad.

Para tal objetivo se contó con el apoyo de la ideología conservadora y del catolicismo, que señalaban que las mujeres debían restringir sus actuaciones al ámbito interno de la familia, y así, abandonar el mercado laboral al contraer matrimonio puesto que desde ese momento su vida debía girar en tener descendencia y cuidar de sus maridos e hijas e hijas. No obstante, sobre todo, la mayor apoyatura ideológica para el Régimen a la marginación social de las mujeres la dio determinados sectores de la Iglesia Católica.

De igual manera, se hace presente en la sociedad y en el propio ordenamiento jurídico los tradicionales roles sexuales. En esa medida, el hombre tenía el papel de proveedor de salarios para

---

[488] MAÍLLO, ADOLFO, *Educación y Revolución. Los fundamentos de una Educación Nacional*. Madrid, Nacional, 1943. En SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori], 1996, pág.92.

sostenimiento de la familia, sustentador de la familia con la obligación de trabajar, mientras que las mujeres eran "cónyuge o familiar a cargo" con la función social del cuidado de la familia en el rol de gestora del hogar. Es decir, se confirmó la consideración de creencias pasadas sobre la capacidad de obrar de las mujeres mostradas como seres inferiores a los hombres a la vez que convertidas en un objeto sexual, por tal razón, tienen la obligación de atender a la función reproductora.

Además, durante en franquismo a las mujeres se les dispensó un trato jurídico de inferioridad con los hombres, de tal manera, que debían para dar efectividad a sus decisiones contar con la autorización previa paterna o marital. Nuevamente, su capacidad jurídica sería anulada y sometida a la voluntad del hombre.

En este orden, la educación fue uno de los instrumentos que sirvió a estos objetivos de la política gubernamental de este período. De tal forma, que avalados por los sectores sociales, económicos, religiosos y políticos del momento se proyectó un sistema educativo que tenían distintos contenidos según los sexos; pues la educación femenina se disciplinó limitada a tres áreas: al rezo, al desarrollo adecuado de las labores domésticas y a la gestión de la economía familiar; aun así el trato era tan miserablemente de inferioridad que ni siquiera se incluyó el estudio de las normas fundamentales de la dictadura, que sí se incluía en la educación masculina, ya que la política y el derecho no se consideraban asunto de las mujeres.

En suma, el fin de toda formación educativa y religiosa era que las mujeres estuviesen sometidas y subordinadas a los deseos masculinos, por lo que no debían mostrar sus conocimientos cuando éstos eran superiores a los de su marido a la vez que debían mantener una actitud totalmente doblegada a la voluntad del varón[489]. En esta medida se hace idílica la figura de una buena esposa y amantísima madre.

---

[489] GALLEGO, " *No obstante este período de oscurantismo que duró cuarenta años, supuso un retroceso importante para el movimiento feminista, aunque el régimen quiso vehicular las reivindicaciones de las mujeres a través de una organización de composición exclusivamente femenina, la Sección Femenina, su finalidad consistía en controlar que la educación recibida por las mujeres en las escuelas, educación basada en la sumisión y en la inferioridad continuara una vez terminada ésta y mientras la mujer permaneciera soltera, hasta el momento cumbre de su vida – el matrimonio -, en que por fin ya tenía un conductor"*, GALLEGO, M., *Notas sobre el poder, la socialización política y la mujer; la sección femenina de falange*. En VVAA., *Nuevas Perspectiva sobre la mujer,* Madrid, Universidad

Por su parte, la situación económica de miseria tampoco ayudó en nada, puesto que la educación y la formación son el único cauce por el que hay que comenzar cualquier cambio, pero era un lujo al que la mayoría de las mujeres no podían acceder por ser mano de obra barata de la que no estaban las familias dispuestas a prescindir.

En este mismo sentido, se intenta realzar las funciones de las mujeres en el hogar así, el propio Libro de la Educación afirma que, "*La labor de la mujer en la educación de los hijos incluso desde el punto de vista económico, es en muchos casos notablemente superior a la aportación al producto social, que la mujer pudiera efectuar en su incorporación a las unidades de economía de producción"* [490].

En consonancia con esta postura política, las mujeres tendrán restringido su derecho al trabajo[491]. Tal como hemos mencionado, las mujeres se consideraba que habían nacido para el matrimonio y para tener hijos/as; de esta forma, mientras llegaba ese momento las mujeres "no estaba mal visto" que trabajasen, aunque de forma limitada, pues desde el propio Fuero del Trabajo de 1938 se aconsejaba que a "*la mujer se la debe "liberar" de la fábrica y del taller*".

Sin embargo, de ordinario, las tareas fuera del hogar permitidas a las mujeres son una prolongación de las realizadas en el hogar; así, durante este período, el empleo femenino se centra en actividades del servicio doméstico, en la agricultura, y en el sector de comercio, sanitario y docente.

Al propio tiempo, las mujeres que optaban por trabajar eran víctimas de menores condiciones laborales con inferiores salarios por igual trabajo, incluso, estas menores condiciones salariales eran disciplinadas por el propio orden normativo. Así, por ejemplo, en el BOE de la fecha 4 de marzo de 1938 aprueba una subida del sueldo en las fábricas de yute, que suponía era un aumento en la retribución del 30% para los obreros y del 12% para las obreras de igual cualificación.

Autónoma, 1982, vol.2. Citado por, VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999, pág. 91.

[490] Libro de la Educación, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1969, pág.123.

[491] Sirva de ejemplo para conocer de la evolución social de las mujeres en los distintos medios, *Promoción profesional de la mujer en los medios rurales y suburbanos*. *La ponencia sobre el Trabajo de la mujer en España; algunas observaciones Psicológicas,* Madrid, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1975, pág.71.

Asimismo, dentro de la concepción de que las mujeres al contraer matrimonio les correspondía abandonar el trabajo para cuidar de la familia, se promovió la concesión de indemnizaciones para aquellas mujeres que estando trabajando contrajesen matrimonio; de ese modo, se retornaba a la concepción de esta indemnización como dote. A este respecto, las Reglamentaciones, desde 1942, establecieron que las mujeres abandonasen el trabajo desde el momento de contraer matrimonio, reconociendo para tal situación la concesión de incentivos sociales como respuesta a la creencia de que a las mujeres las retiraban los hombres, que eran los que debían sostener la casa.

De igual modo, esta medida de alejar a las mujeres del mercado de trabajo al casarse es implementada, también por parte de las propias empresas. Sirva para dar cuenta, que durante el período 1940-1960 fueron numerosas las empresas que preveían la excedencia forzosa por matrimonio, esto es, fueron paulatinamente incorporando este tipo de medidas: la Telefónica y empresas de seguros en 1943, Telégrafos 1944, Renfe 1945 y las empresas Tabacaleras, vidrio, tejas y ladrillos, azúcar y alcohol, papel, madera en 1946, así como Iberia en 1947, el Banco de España 1949, o bien, el propio INP 1955[492].

Sin embargo, la realidad de las mujeres suponía que seguían trabajando con el objeto de obtener recursos que incrementasen los ingresos familiares, amén del desarrollo de sus actividades correspondientes al cuidado de la familia y al ejercicio de las labores domésticas. Lo que sucedía era que ese trabajo extradoméstico se ejercía en la clandestinidad como asistentes invisibles de sus padres y maridos. De este modo, mientras ellos estaban asegurados, el trabajo femenino no figuraba en ningún registro.

Por consiguiente, este trabajo femenino sumergido era desarrollado al margen de la normativa y de los controles administrativos, y, por ende, de todo tipo de posible aseguramiento de las contingencias. A este respecto, vale decir que esta situación se mantenía con la aquiescencia del poder público respondiendo a la doble moral que siempre caracterizó esta etapa.

[492] Obra precisa para conocer la segregación laboral de la mujer en esta época, BORDERÍAS, CRISTINA, *Entre líneas trabajo e identidad femenina. Compañía telefónica 1924-1980,* Barcelona, Icaria, 1993.

No obstante, la dinámica política y económica que se desarrolló posteriormente confirma el oportunismo del Régimen con la aprobación de determinadas medidas sociales, que respondían al interés de la dictadura por ser aceptada en el marco internacional. Así, la Ley de 22 de julio de 1961, sobre Derechos Políticos, Profesionales y de Trabajo de la Mujer reconocía que las mujeres podían acceder a cualquier trabajo salvo la marina mercante, las Fuerzas Armadas, y la Administración de justicia[493]. Esta norma estipulaba el derecho de las mujeres a la no discriminación por estado civil, ni sexo con el derecho a la igualdad jurídica con el hombre y el derecho a la misma retribución por igual trabajo con el trabajador. Al mismo tiempo que se prohibía que por cambio del estado civil se apartase a las mujeres del mercado de trabajo.

De la misma forma, el Decreto de 1 de febrero de 1962 dio un paso adelante al establecer que las mujeres al contraer matrimonio podían optar entre la extinción del contrato con derecho a una indemnización, o bien continuar trabajando. Pero, si bien, se aconsejaba el acceso a la excedencia voluntaria durante un período de un año a cinco años para atender a llamada de la maternidad y de sus responsabilidades familiares.

Asimismo se trató de mejorar la posición de las mujeres por la Ley 14/1975, de 2 de mayo que reconoce a las mujeres casadas personalidad jurídica propia, aunque, sin embargo, no sería hasta el período constitucional cuando por Ley 11/1981, 13 de mayo se estableciese la igualdad en el hogar. Entre las medidas descritas se debe de considerar la referencia a la necesidad de armonizar el trabajo de las mujeres con sus obligaciones con la familia, pero sólo formalmente, puesto que esta medida se justificaba por la obligación femenina de no desatender a sus tareas como esposas y madres al margen de sus deseos de trabajar[494].

---

[493] Reseña del discurso por cuanto todo cambio era señalado como una corrupción de la moral femenina, HERRERA ORIA, "*Las niñas actuales no son como las antiguas. Antes se gloriaban de aprender a coser, bordar y hacer la cocina. Ahora, todo eso lo desprecian, de manera que son muchísimas las muchachas que ni coser saben un botón*", HERRERA ORIA, ENRIQUE, *Historia de la educación española desde el renacimiento,* Madrid, Veritas, 1941, pág.438. Citado por, SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori], 1996, pág. 58.

[494] Obra excelente, SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori], 1996.

Sin embargo, a pesar de este tímido aperturismo político, las mujeres continuaban con una tasa de empleo inferior a la de los hombres, además, de ser una presencia en el mercado de trabajo marcada por una división sexual del trabajo por cuanto las mujeres ocupan los puestos de trabajo menos cualificados y peor pagados. Se cifra en este período, la participación de las mujeres en la población activa en un 20%, la mayoría mujeres menores de veinticinco años, el mayor número era de trabajadoras del sector terciario. Esto es, el 30% trabaja en el sector primario, y el 25% en el sector secundario, 1970 el 76% de las mujeres estaban empleadas en el sector servicios[495].

En 1975, las mujeres estaban en el mercado de trabajo, pero continuaba existiendo una marcada división sexual del trabajo. De esta manera, el 55,1 % de la población era profesionales de la enseñanza, el 22% médicas, farmacéutica y ayudantes, y el 12% religiosas[496]. Además, el proceso de incorporación de las mujeres al mercado de trabajo se vio frenado por la crisis económica, siendo las mujeres las últimas en entrar a trabajar, y las primeras en salir de la empresa en los casos de problemas financieros de la empresa. De este modo, el trabajo femenino se veía nuevamente aquejado de la exigencia de convertirse en mano de obra barata. Esta situación se mantenía con el apoyo legal a esta infravaloración del mismo, y por ende, de las trabajadoras[497].

Así, por ejemplo, la Ordenanza del Trabajo de Comercio establecía como puestos de trabajo a desempeñar por las mujeres el de empaquetadora, repasadora de medias y cosedora de sacos; siendo los sueldos señalados para estos trabajos femeninos, considerablemente inferiores a los fijados para puestos similares ocupados por los hombres, de acuerdo al cuadro de clasificación profesional, salvo los de ascensoristas, mozos, porteros, vigilantes, serenos u ordenanzas. En el caso de matrimonio para regular la situación de las mujeres se atendería al Decreto de 20 de agosto de 1970, que fomentaba el abandono por parte de la trabajadora del puesto de trabajo a través de la excedencia[498].

---

[495] www.mtas.es
[496] Fuente: INE, 1975.
[497] Aportaciones sobre este tema en la obra, GONZÁLEZ SETIÉN, PALOMA Y PÉREZ FRAGA, CRISTINA Y PLIEGO CID, PURIFICACIÓN, SÁNCHEZ CALLEJO, MARISA, *El Trabajo de las mujeres a través de la historia, Op.cit.,* pág. 114.
[498] Ministerio de Trabajo: *Ordenanza de Trabajo de Comercio*, Madrid, Textos Legales del Ministerio de Trabajo, 1971. Además, el Decreto 2310/1970, de 20 de agosto - BOE 24/08/1970 -, por el que se regulan los derechos laborales de la mujer trabajadoras en aplicación de la Ley de 22 de julio de 1961.

En similares términos, la Ordenanza de trabajo de la Hostelería y Turismo del Sindicato Nacional de fecha de 28 de febrero de 1974 - BOE 60 y 61 de fecha 11 y 12 de marzo de 1974- hacía una clara división sexual de los puestos de trabajo, de tal manera, que las retribuciones salariales eran escandalosamente superiores en las tareas ocupadas principalmente por hombres, frente a los inferiores salarios de las categorías profesionales ocupadas mayoritariamente por mujeres.

En los hoteles, la limpieza, la lencería y lavandería son puestos desempeñados por mujeres desde zurcir, hasta planchar, pasando por limpiar, camareras de piso, costureras, lenceras, telefonistas o aprendices de recepcionistas y contabilidad, por supuesto, percibiendo los menores sueldos. Sirva de ejemplo, una camarera de pisos de un hotel de cinco estrellas percibiría 127 pesetas/mes, un mozo de habitaciones 181 pesetas/mes y la planchadora 218 pesetas/mes. Como se puede apreciar las diferencias saláriales son enormes. Los puestos de jefes de contabilidad, administración, equipo o personal cualificado son adjudicados a los trabajadores varones de acuerdo a esta ordenanza.

En suma, la situación de las mujeres durante este período fue de exclusión y marginación del mercado de trabajo, feminizando los sectores económicos marginales y peor pagados. En esta medida, se potenció que los derechos de las mujeres no fuesen obtenidos por su trabajo, sino por su obligatoria dependencia del varón a la par que se consolidó el trabajo a domicilio perdiendo toda posibilidad de ejercer sus derechos.

Por otra parte, respecto a la previsión social, el Fuero del Trabajo de 1938 aduce que "*la previsión que proporcionará al trabajador la seguridad de su amparo en el infortunio*"(X-1). Concretándose las situaciones objeto de protección en 1945, que añade al concepto de previsión social en el Fuero de los Españoles: "*el derecho a la asistencia en los casos de (...) y demás riesgos que pueden ser objeto de seguro social*" (Art.28). Considerados derechos resultantes del trabajo como salarios transferidos.

No obstante, durante la dictadura se debe de distinguir un primer período, en el cual la política de previsión social del franquismo giraba en torno al sistema de los seguros sociales, siendo su exponente la creación del Seguro Obligatorio de Vejez, Invalidez y Muerte (1947), paralelamente al inicio de una política para promover el incremento de la natalidad con medidas sociales, tales como con la concesión

de pluses y ayudas a la familia a través de las empresas, con lo cual las mujeres eran objeto de marginalidad, porque mayoritariamente no trabajaban fuera del hogar de forma legal. Tal es el caso de la protección familiar, que se estableció por la Orden de 29 de marzo de 1946 bajo la denominación del plus familiar de naturaleza no salarial, y se abonaba por la empresa en proporción al número de familiares a cargo.

En este contexto, en términos de protección social, se tradujo en la marginación del derecho propio de las mujeres de acceder a las prestaciones del sistema de previsión social, puesto que las mujeres discriminadas laboralmente se veían afectadas en el acceso a los seguros sociales, que requerían un contrato de trabajo y previa aportación de cotizaciones. De esa forma, las mujeres marginadas del mercado de trabajo, o bien, titulares de contratos con inferiores salarios o las trabajadoras clandestinas se quedaban excluidas de la protección social por derecho propio. De tal modo dentro de la política paternalista que desarrolló el franquismo, se vieron las mujeres titulares de derechos derivados de sus padres y maridos en los supuestos de fallecimientos de los mismos.

Se complementa la política social con medidas de acción social implementadas en una panoplia de entidades diversa índole: como Caritas, Obras Sociales - de Auxilios Sociales, de Protección de Menores, de Protección de Mujeres (1902) -, Sección femenina, Gota de leche, hospitales dependientes de Diputaciones Provinciales, Centros psiquiátricos, de tuberculosis, y Patronatos, Albergues y el Fondo nacional de asistencia social[499].

De esta manera, la asistencia social durante este período tuvo como objetivo atender aquellos sectores de la población más desfavorecidos de la población, así, el Decreto de 17 de mayo de 1940 establece el auxilio social para dar asistencia a indigentes, parturientas, atender a la infancia y la concesión de otro tipo de ayudas a personas no incorporadas al sistema contributivo de los seguros sociales[500].

---

[499] Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, *Historia de la Acción Social Pública en España. Beneficencia y Previsión,* Madrid, 1990, pág. 427.

[500] Obra referencia, MAESTRO BUELGA, Y GARCÍA HERRERA, *"El Decreto de 17 de mayo de 1940, sobre las reglas de actuación del auxilio social, entendido "que era una actividad coordinada con el conjunto total de actividades benéficas nacionales". El carácter benéfico quedaba reflejado con nitidez en el artículo 2 que precisaba las*

Por otro lado, se produce una segunda etapa desde 1953, pues se asiste a la apertura al exterior de España apoyada en la ayuda económica de Estados Unidos para el reflote de la economía española; además, de la política, desde 1959, de aproximación a la Comunidad Europea que desarrolla el régimen franquista.

De tal manera, que por la presión del exterior y los deficitarios seguros sociales restrictivos en su aplicación y contenido, y caracterizados por una gestión sin coordinación se hizo preciso la necesidad de una reforma social en profundidad. Aunque antes de producirse esa reforma se mejoró el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez en 1955, incrementando las pensiones de viudedad para las viudas fijándolas en un 50% de las pensiones de vejez de los trabajadores causantes de las mismas, siempre que las benefactoras tuvieran 65 años o estuvieran incapacitadas totalmente.

La estructura social mantuvo la consideración de que las mujeres accedían al sistema de protección social derivada su titularidad del varón del que dependía, por lo tanto, limitándose su condición de titular de derechos propios. Apreciándose una constante actitud de protección discriminatoria hacia las mujeres, que hacen al sistema de seguridad social valedor de los derechos de las mujeres a la previsión social en los casos de percances del varón del cual dependieran. Considerando que la subsistencia de las mujeres debía ser atendida por el varón y en su defecto, el paternalismo estatal debía actuar. Por consiguiente, es la cobertura legal a una situación fáctica de marginalidad femenina, y la masculinización del sistema de previsión social que reflejaba a una sociedad que niega los derechos sociales de las mujeres.

Precisamente, durante esta segunda etapa se incrementó el número de mujeres españolas emigrantes que se dirigirán especialmente, a Europa. Así, entre 1962 a 1980 emigraron a Europa un

---

competencias dirigidas a prestar asistencia benéfica a los indigentes, atender a la subsistencia y formación de los huérfanos, asistir a embarazadas y parturientas, proporcionar cuidados no sanitarios a la infancia para su desenvolvimiento físico y moral, conceder ayuda a los convalecientes y proporcionar a las personas en Estado de debilidad o agotamiento la asistencia conveniente, elaborar censos de personas asistibles y, en general, atender otras necesidades benéficas, que el Estado les delegara. Sus bienes tendrían el régimen jurídico de los bienes de la Beneficencia general, del Estado, (Art.3), y asumirían el Fondo de Protección Benéfico-Social (Disposición Transitoria Primera)", MAESTRO BUELGA, GONZALO Y GARCÍA HERRERA, MIGUEL, *Marginación, Estado social y Prestaciones autonómicas,* Barcelona, Cedecs, 1989, pág. 88.

1.121.425 de personas, de los que el 16 % eran mujeres que tenían ofertas de trabajo sobre todo a Alemania y menor número a Suiza y Francia- este registro no contabilizaba a las mujeres que acompañaron a los maridos -. También, es importante la emigración femenina temporal para la vendimia y recogida de otros cultivos sobre la cual no existen datos exactos[501].

En España, como consecuencia de este cambio político y económico se inicia una nueva fase en materia de prevención social. Es decir, el aperturismo internacional y la expansión de derechos sociales como educación, sanidad y previsión social tienen el objeto de contener las reivindicaciones contra las restricciones de los derechos civiles y políticos de la población. También, por las dificultades del sistema de los seguros sociales que originaron la necesidad de una reforma social que siguió los parámetros del Informe ya citado de Beveridge.

Esta reforma social de su carácter público y obligatorio se confeccionó con los siguientes rasgos: por un lado, la universalidad de la cobertura dentro de la clase trabajadora incluyendo a los trabajadores/as por cuenta propia, e incluyendo, no sólo a los trabajadores/as más débiles económicamente. De tal manera, que siguiendo el artículo 9 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales se entendida como el derecho de toda persona a la seguridad social[502].

Por otro lado, se establecía la uniformidad de la protección, unificando la protección ante los mismos riesgos. Como consecuencia, se debía de unificar la gestión para reducir gastos y racionalizar las prestaciones. Esta reforma conlleva una importante intervención pública, por ello, la necesidad de establecer una participación estatal presupuestaria vía imposición fiscal. La reforma del nuevo sistema de seguridad social fue concebida como parte del concepto de protección social pública, como un concepto absorbente y en expansión, pero cuyo eje siguió siendo las relaciones laborales y el ejercicio de

[501] ALCOBENDAS TIRADO, PILAR, *Datos sobre el trabajo en España,* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1983, págs. 125-126.
[502] ALONSO OLEA, MANUEL, *La seguridad social: presente, pasado y futuro*. En VVAA., *Cien años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad Mupresca, 2000, pág. 168.

profesiones autónomas conformado como una institución que reconoce y gestiona prestaciones dinerarias[503].

A todo lo descrito, se trató de responder con las bases de la Ley de Seguridad Social 193/1963, de 28 de diciembre - BOE núm.312 de 30 de diciembre de 1963 - que pretendía dar una protección social en los casos de infortunios. Asimismo se incorporaba lo recogido en anteriores textos como la Declaración III y X del Fuero del Trabajo, y artículo 28 del Fuero de los Españoles, y IX Principios del Movimiento Nacional de la Ley 17 de mayo de 1958, sobre la seguridad social. Estas bases son recogidas por la Ley de 21 de abril de 1966, - con entrada en vigor el 1 de enero de 1967- fue el inicio de un sistema de seguridad social público, de corte Keynesiano, que se complementó con ordenanzas o reglamentaciones generales reguladoras de las relaciones sociales a nivel de sectores o de empresas.

En estas condiciones, se plantea una reforma de mejora a pesar de que el contexto económico no era el propicio, pues España estaba en plena crisis del petróleo de 1973. Además, al no establecer una sustentación económica de las modificaciones que se proyectaban se puso en peligro su propia continuidad. La modificación abordó la mejora de una serie de prestaciones de la seguridad social en los términos del Decreto 1646/72, de 23 de junio, Ley de Financiación y Perfeccionamiento, de junio de 1972.

Sin embargo, dentro de las medidas adoptadas correspondía la reforma del artículo 160 del texto articulado de la Ley de Seguridad Social, de 21 de abril de 1966, de los artículos 31 y 32 de Decreto 3158/66, de 23 de diciembre. Así como de los artículos 7 y siguientes de la Orden Ministerial, de 13 de febrero de 1967 - normativa que regulaba las prestaciones de muerte y supervivencia -que exigían como condicionamientos para causar derecho a la pensión de viudedad las viudas que hubieran cumplido 40 años de edad, estuvieran incapacitadas y tuvieran hijos/as habidos con el causante. Con esta modificación se eliminó este requisito, y por lo tanto, la viuda ya no estaría condicionada a la edad o capacidad para el trabajo, y con independencia de tuviese hijos/as del causante con derecho a orfandad.

[503] RODRÍGUEZ CABRERO, GREGORIO, *El Estado del bienestar en España: deberes, desarrollo y retos*, Madrid, Fundamentos, 2004.

En esta medida se hace preciso la refundición de la Ley de seguridad social y la señalada norma de 1972, así como de normas de seguridad social contenidas en otras normas legales dando lugar a la Ley de 30 de mayo de 1974 – Decreto 2065/74 –. Aunque, si bien, la falta de desarrollo reglamentario de esta ley provocó que siguieran en vigor la práctica totalidad de los reglamentos anteriores salvo derogaciones parciales.

En definitiva, en tanto el principio fundamental del sistema de seguridad social es la categoría de trabajador/a como requisito previo para la adquisición de la condición de beneficiario/a del sistema de seguridad social, consecuentemente, las mujeres que tenían una presencia limitada en el mercado de trabajo se veían marginadas en el acceso a su consideración como sujetos de derechos del sistema de seguridad social.

Tal situación de discriminación fáctica, además, se veía agravada por la discriminación jurídica que sufría el colectivo de mujeres dedicadas al servicio doméstico, pues claramente era un colectivo femenino. Es decir, tras múltiples dificultades se les otorga protección a través de seguro social creado para el servicio doméstico, pero su campo de aplicación se restringía, ya que las mujeres casadas no podían incorporarse a este Montepío, porque los artículos 4 y 13 del Estatuto del Montepío Nacional del Servicio Doméstico señalaban que, "*La afiliación se califica como obligación para todos los servidores domésticos con edades comprendidas entre los 14 y 55 años, aunque "las servidoras domésticas para permanecer al montepío deberán ser solteras o viudas (o separadas de hecho o de derecho del marido – por causas no imputables a las mismas- (Art.4) o su marido estar incapacitado de manera permanente o absoluta para todo trabajo (Art. 13)"*[504].

En resumen, durante franquismo se asiste a una consolidación del sistema de seguridad social contributivo. Igualmente, persistía la concepción de una constante actitud de protección discriminatoria hacia las mujeres, que hace al sistema de seguridad social responsable subsidiario de los derechos de las mujeres a la previsión social, cuando el varón del que dependían económicamente se viese afectado

[504] LUJÁN ALCARAZ J., *El Régimen de la seguridad social de los empleados de hogar,* Navarra, Aranzadi, 2000, pág.24.

por alguna desgracia que le impidiese seguir sustentando a su familia. Al propio tiempo que discriminadas como trabajadoras, por ende, eran discriminadas en el sistema de previsión social.

Con el franquismo se asiste a la protección limitada de determinados derechos sociales, al mismo tiempo que se restringe la protección jurídica de los derechos humanos de los individuos. De igual forma, la maternidad era una obligación histórica impuesta a las mujeres por la sociedad, por la Iglesia y por los propios poderes públicos. De manera que las mujeres debían mantenerse al margen de toda participación pública preparándose para contraer matrimonio, que era la "institución para la que se consideraba habían nacido" y dentro de ella procrear y reproducirse juntamente con atender a la crianza y cuidado de los hijos/as y del marido

Aunque, como consecuencia de las demandas internacionales y de la presión ejercida por los grupos feministas, en el mismo sistema de previsión social, las mujeres cada vez en mayor número son titulares de derechos sociales propios y no derivados de un varón.

4.3. EVOLUCIÓN LEGAL Y JUDICIAL DESDE LA TRANSICIÓN HASTA LA NUEVA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL 1/1994, DE 20 DE JUNIO

> *" El cambio más transcendental de los últimos doscientos años el de la transformación del estatuto de las mujeres hacia la igualdad en los campos laborales, científicos, jurídicos, políticos, etc., proceso que ha afectado a toda la sociedad desde los ámbitos de la producción pasando por los salarios, hasta llegar a la familia"*[505].

4.3.1. Reforma legal del marco social

[505] Cita de Fernando Savater en SEVILLA MERINO, JULIA, *Prólogo.* En VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN, *Las mujeres y la Constitución Española de 1978,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999, pág.15.

En 1975 se inicia una nueva etapa que se verá jalonada con una serie de acontecimientos que tendrá su culminación en la Constitución de 1978, punto de sutura para una sociedad que miraba a Europa en búsqueda de una integración comunitaria que permitiese a la población española alcanzar las cotas de democracia y bienestar social que tenían los países de nuestro entorno[506]. De tal manera, que con este ordenamiento constitucional se definen los valores de la actual sociedad española.

En este contexto histórico, los Pactos de la Moncloa de 1977 habían establecido las bases para una nueva formulación del sistema de la seguridad social. Con sus aportaciones se trataba de definir los rasgos del sistema previsión social de la etapa democrática social. Así, se abría un período de dinamismo con el fin de que desde la redistribución de la renta se obtuviese la expansión de las prestaciones de la seguridad social, en aras de que a partir de una ordenación jurídica pública se regulase un sistema constitucional de la seguridad social sobre parámetros de igualdad entre los sexos.

Dicho de otra manera, la protección social en España se concibió constitucionalmente como el instrumento público, que desde la solidaridad permitiese la redistribución de la renta entre los individuos otorgando un bienestar material a la ciudadanía ante las situaciones de necesidad mediante el reconocimiento de adecuadas y suficientes prestaciones sociales[507]. Es decir, el nacimiento de la democracia social hizo manifiesto la necesidad de un cambio social y económico desde el encuentro entre los distintos sectores de la vida política y socioeconómica. Por ello, que la constitucionalización del sistema de seguridad social se convierte en un elemento esencial del futuro Estado social, como un instrumento que garantiza el orden socioeconómico de la población española obtenido desde la redistribución de las rentas y bajo el frontispicio de la justicia social.

Precisamente de acuerdo a lo que hemos visto en el primer capítulo, con la fórmula jurídica de Estado social contenida en la Constitución española se determinan las responsabilidades que asume la acción estatal sobre la integración social. El Estado del constitucionalismo social debía establecer las

---

506 DÍAZ, ELÍAS, "El Estado democrático de derecho en la Constitución española de 1978", vol. *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Madrid, Mezquita, 1982.
507 ALONSO OLEA, MANUEL, *La seguridad social: presente, pasado y futuro*. En VVAA., *Cien años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad Mupresca, 2000, pág. 176.

reglas de juego necesarias para el correcto funcionamiento del mercado, a la vez que se estaba llamando a los poderes públicos a defender el derecho de la población española a un sistema de seguridad social público, a tenor del artículo 41 CE, para alcanzar un orden social y económico justo[508].

De tal manera, que desde el constitucionalismo judicial y normativo se debió buscar una fórmula para garantizar los elementos del sistema de previsión social en términos de igualdad de mujeres y hombres. Además, la importancia de este proceso es su desarrollo en un escenario como fue la transición política española en el que este objetivo tenía especial trascendencia, por cuanto se cuestionaba por sectores del antiguo régimen franquista la viabilidad del Estado social. En suma, porque, tal como hemos visto, la realización de los derechos fundamentales y de los derechos sociales contribuye a la democratización de la sociedad española.

Por ello, el Estado tiene la responsabilidad social frente a la ciudadanía. En palabras de GARCÍA PELAYO, de establecer asistencia social a los males sociales o situaciones de menesterosidad específicos con la provisión de medidas, que están destinadas a asegurar las necesidades de existencia a afectan a las distintas personas, incluyendo entre otras de esas medidas las destinadas a la distribución de la renta bajo los cánones de justicia social[509].

Al respecto de tales objetivos, se instituyó el sistema de seguridad social como modelo abierto y flexible que debía promover la estructuración de la previsión social en dos niveles: un primer nivel, ligado al concepto de relación laboral y financiado por aportaciones de trabajadores/as y empresarios, que determinaban la cuantía de las prestaciones al guardan relación con dichas aportaciones previas; también, por otro lado, no se consideraba que este sistema obligatorio fuese excluyente de un sistema complementario de protección social. El segundo nivel asistencialista suponía la universalización de la

---

[508] GARCÍA HERRERA, señala que: "*la vitalidad de la democracia depende de las condiciones de vida de los ciudadanos, como premisa indispensable para insertarse en las formas disponibles de participación política*", GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL, *Poder Judicial y Estado social: legalidad y resistencia constitucional.* En, IBÁÑEZ PERFECTO, ANDRÉS (Editor), *Corrupción y Estado de Derecho. EL papel de la jurisdicción,* Madrid, Trotta, 1996, pág. 80.
[509] GARCIA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* (2ª edic.), Madrid, Alianza Editorial, 1985, págs. 45-46.

previsión social, con la garantía de un nivel mínimo de protección, que sería financiado con las aportaciones finalistas del Estado.

La igualdad de mujeres y hombres se concibió como finalidad y no sólo como punto de partida. De tal forma, que exigía una intervención legislativa y judicial que constitucionalizase la normativa sobre seguridad social, ya que la realidad del derecho a la seguridad social por parte de las mujeres contenía un déficit en la protección social, al estar las mujeres limitadas fácticamente a la percepción de las prestaciones sociales por derecho propio, tanto por quedar restringida, por la tradición y hábitos de la sociedad, su incorporación al mercado de trabajo legal como por tener inferioridad de condiciones salariales; sobre todo, cuando ambos requisitos eran determinantes para el contenido de la protección social.

Efectivamente, esta situación desembocaba en que las mujeres, usualmente, eran titulares de derechos derivados del varón y era reducido el número de mujeres con derecho propio a la acción protectora del sistema de seguridad social.

Por lo descrito, se precisó responder para dar la efectividad al constitucionalismo social con dos mecanismos jurídicos, esto es, desde la vía legal y desde la jurisdicción constitucional. De este modo, la intervención, tanto del poder legislativo como del TC, en materia laboral y en materia de seguridad social, sirvió para implementar una política social que respondía a una evolución histórica, y, que pretendía crear un ordenamiento jurídico democrático que diese protección a la dignidad de las mujeres como personas humanas en su consideración de sujetos de derecho.

En definitiva, nuestro análisis se corresponde con las transformaciones jurídicas, tanto legales como derivadas de la actuación del TC, que se hicieron precisas para dar efectividad a la constitucionalidad del principio de igualdad de las mujeres y los hombres en el marco de la seguridad social, es decir, se abordan las cuestiones más relevantes durante este período a los efectos de lograr este objetivo de la Constitución de 1978.

Sin embargo, por los autorizados y numerosos trabajos existentes sobre este tema, no pretendemos volver al análisis con detenimiento de pretéritas modificaciones normativas del sistema de la seguridad social, ni al estudio de la jurisdicción del TC más allá del examen que entendemos es esencial para nuestro trabajo en referencia a la seguridad social y las mujeres. No obstante, las resoluciones del TC, relacionadas con la discriminación laboral que inciden en el derecho constitucional del artículo 41, se abordan en los capítulos primero y segundo.

De este modo, vale decir a este respecto que fue esencial para lograr una regulación social democrática del contrato de trabajo, la aprobación de la Ley ordinaria 8/1980, de 8 marzo por la que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores, que desarrollaba al artículo 35 CE[510]. Esta norma laboral reguladora de la relación laboral contractual tiene interés para nuestro trabajo por dos cuestiones, en primer término, porque con este texto se eliminan todo tipo de limitaciones al trabajo femenino con el reconocimiento de la igualdad entre sexos en el acceso al mercado de trabajo. A este respecto, la presencia femenina en el mercado de trabajo se considera consolida en esta década, así, los índices certificaban que en 1900, el porcentaje era del 14,51%, en 1950 se reduciría al 11,77% alcanzando en 1980, el 20,36%[511].

En segundo término, como vemos en el acápite II y V, el ET establece una regulación normativa de corte laboral que otorga protección a las madres durante el estado de gestación y con posterioridad al parto. En este sentido, se reconoce el derecho a disfrutar de determinados permisos y licencias durante el embarazo, así como para el cuidado de recién nacido. Sin embargo, tal como mencionamos, esta protección laboral de la maternidad supuso en algunas situaciones una penalización al trabajo femenino al recaer sobre los empresarios el coste derivado de su protección. Por ello, ante la falta de socialización de esta situación, las empresas deciden la no contratación de mujeres, o bien, el despido de las trabajadoras embarazadas. Al propio tiempo que las mujeres, entre otras causas, responden con un

[510] ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Estado social y Derecho del Trabajo". En VVAA., *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991,* Madrid, Marcial-Pons, 1992.
[511] ALCOBENDAS TIRADO, PILAR, "El trabajo de la mujer en España (textos seleccionados)", *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núm. 4, 1984.

descenso del número de hijos/as, por cuanto las mujeres tuvieron que elegir entre su carrera profesional y su maternidad[512].

Por otra parte, en el ámbito de la seguridad social, la nueva etapa se inició con el objetivo de establecer un sistema que permitiese elevar la calidad de vida de la población, protegiéndola de las contingencias que le ocasionan situaciones de necesidad. De tal manera, que para adecuarse a dicho objetivo se hizo preciso abordar una reforma fiscal para ordenar una nueva fórmula de financiación del sistema de previsión social.

Así, las primeras modificaciones normativas se encuadraron en el marco de reformas fiscales y organizativas. En esta medida, debido al mayor compromiso estatal en materia de protección social se establece un incremento del presupuesto social del Estado, que determina un aumento de las aportaciones del producto interior bruto a la política social; aunque, si bien, se previó que en materia de seguridad social la fuente de financiación fundamental seguiría siendo las aportaciones del empresario y de los trabajadores/as.

Además, se disciplinó una nueva estructura en la gestión de la materia social, pues el RDL 36/1978, de 16 de noviembre, sobre la gestión institucional de la seguridad social, salud y el empleo entendió que desde la unidad y la coordinación se debía de extraer del sistema de seguridad social aquellas materias que impropiamente se le habían asignado, tales como el empleo y la salud. De este modo, la asistencia sanitaria y la gestión del empleo pasarían a depender de su correspondiente Instituto Nacional de la Salud y del Empleo, también de carácter público, pero diferenciados de la gestión asignada al Instituto Nacional de la Seguridad Social e Instituto Social de la Marina.

Por estos motivos, es decir, por dificultades en la gestión y en la financiación del sistema de seguridad social se emprendió una reforma parcial de algunas prestaciones sociales implementando una nueva regulación normativa; en concreto, la reforma fue referida a la pensión de jubilación y a la pensión de invalidez permanente. Esto es, la Ley 26/1985, 31 de julio, de medidas urgentes para la

[512] ALMANSA PASTOR, JOSÉ MARÍA, *Derecho de la seguridad social,* Madrid, Tecnos, (5ª edic.), 1987.

racionalización de la estructura y de la acción protectora, así como, el RD 1799/1985, de 2 de octubre dictado para su desarrollo reglamentario proceden al endurecimiento de las condiciones de acceso a las citadas prestaciones; a la par que establecen diferentes bases reguladoras para el cálculo de las pensiones.

Por otro lado, el *Informe de 1987* del Defensor de Pueblo señaló que la protección derivada de las lesiones permanentes no invalidantes de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1966 establecían indemnizaciones diferentes según fuese dañado el rostro de la mujer o del hombre. De tal modo, que se pagaba más cuantía en el caso de una lesión en el rostro femenino que en el masculino, pero valorándose con mayor indemnización cuando la lesión afectaba al órgano sexual del varón.

Esta norma fue modificada por la Orden Ministerial de 5 de abril de 1974 - BOE de 18 de abril -, aunque no será hasta la Orden Ministerial de 11 de mayo de 1988 - BOE 7 de junio -. Esta norma recogerá una modificación de las cantidades de algunas indemnizaciones por las lesiones, mutilaciones o deformaciones de carácter definitivo no invalidantes. De esa forma, con esta modificación se respondía a la eliminación de las distinciones que por razón de sexo existían en los anteriores baremos, puesto que se trataba de asexuar los criterios de valoración de las indemnizaciones correspondientes por lesiones no permanentes.

Asimismo se consideraba con carácter retroactivo sus efectos a uno de enero de 1986, en los términos de la Orden Ministerial de 9 de marzo de 1990 - BOE 20 de marzo -. Igualmente, en referencia al artículo 14 CE y la Directiva del Consejo de la Comunidad Europea de 19 de diciembre de 1978 se elimina por la Orden Ministerial de 16 de enero de 1991, de forma definitiva, cualquier resquicio de desigualdad en las cuantías por lesiones permanentes no invalidantes al fijar las indemnizaciones sin distinción de sexo; aunque su incremento económico no se produciría hasta 1997.

Por último, la reforma que consolidó la idea del sistema público de la seguridad social de la democracia social fue la Ley 26/1990, de 20 de diciembre por la que regulan las prestaciones no contributivas. Esto es, con esta norma se asegura la universalidad de la protección social exigida por el artículo 41CE. En este sentido, se estableció el acceso universalizado a las prestaciones de incapacidad

permanente, jubilación y asignación por hijo a cargo. En este orden, cuando se cumpliese con las condiciones precisadas en cada uno de los supuestos se reconocía el derecho a percibir una cuantía económica fijada anualmente por Ley General de Presupuestos del Estado, que tendrá la consideración de protección social mínima[513].

En conclusión, durante el inicio de la nueva etapa política se debieron realizar distintas reformas legales para dar pleno contenido a la protección jurídica de los derechos sociales. De igual modo, hemos de subrayar la importancia de la actuación del Defensor de Pueblo, pues con sus informes junto con la labor del TC arrastraron al poder legislativo a una reforma legal, que provocó la eliminación de los contenidos normativos que dispensaban un trato desigual a las mujeres.

4.3.2. Jurisdicción constitucional: seguridad social

Asimismo, durante este período, la constitucionalización del sistema de la seguridad social en materia de igualdad de sexos se alcanzó en el marco de la jurisdicción constitucional[514]. Esto es, el TC, como órgano *ad hoc,* tiene atribuida la competencia de controlar la constitucionalidad de las normas, además, es garantía última de los derechos constitucionales, amén de ser el intérprete supremo de la Constitución, que le supone tener una labor de orientación para el poder legislativo en la exigencia de proteger la constitucionalidad del sistema de seguridad social adaptándose a las exigencias de la realidad.

Es decir, al TC cuando no le corresponda desarrollar una labor tuitiva debe de realizar una labor de cicerone para el poder legislativo que es el competente de dar contenido normativo al sistema constitucional de la seguridad social. Por ello, el TC debe de actuar como adelantado de la defensa de los derechos de la ciudadanía.

---

513 BLASCO LAHOZ, J.F., *La protección asistencial en la Seguridad Social: la ley de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, 20 de diciembre),* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992.

514 BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISO Y CÁMARA VILLAR, GREGORIO Y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO Y CANO BUESO, JUAN Y BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA Y RODRÍGUEZ, ÁNGEL, *Derecho Constitucional,* vol. I, (2ª edic.), Madrid, Tecnos, 2003.

En suma, el TC con su labor de defensa de los derechos sociales, también permitió dar contenido constitucional a la normativa heredada de la dictadura, al propio tiempo que integrando los diferentes intereses socioeconómicos servia a la jurisdicción constitucional de orientación al resto de los órganos constitucionales, substancialmente, al poder legislativo. De igual forma, el TC desarrolló su labor en orden a suplir el déficit de constitucionalidad que presidía el sistema de la seguridad social. De ahí, que las mujeres vieran en el TC la vía para obtener amparo en sus derechos sociales por ser el TC el bastión al cual podían acudir para la garantía de los mismos[515].

El tc como órgano del constitucionalismo social incorporó a distintos grupos sociales, debiendo recurrir a su labor de intérprete de la Constitución más allá del control de inconstitucionalidad de una norma. Por eso, debió desarrollar una labor de amparo de protección de los valores y principios contenidos en la Carta Magna de 1978, porque, en palabras de Lucas Verdú, "Los preceptos constitucionales no deben interpretarse sólo como normas puramente técnico-jurídicas, ya que toda Constitución es política, e inciden sobre ella valores, ideologías*"* [516]*.*

Dicho de otra manera, se convirtió en verdadero agente constitucional de la consolidación de la igualdad de las mujeres en el ejercicio de sus derechos sociales, haciéndose partícipe activo del proceso político constitucional. Puesto que sin ocuparse de cuestiones propias del poder legislativo ha tratado de proteger individualmente el derecho a la seguridad social en términos de igualdad de sexos[517].

En efecto, como se ha mencionado en el capítulo primero, el TC a través del recurso de amparo y de las cuestiones de inconstitucionalidad ha otorgado protección a la ciudadanía española, en cuanto al derecho fundamental de la igualdad entre los hombres y mujeres. De este modo, el amparo a una previsión social igualitaria se ha obtenido alegando el derecho fundamental del artículo 14 CE, por cuanto se ha debido de acudir a este artículo constitucional para interponer el recurso de amparo, porque al

---

[515] PUYOL MONTERO, FRANCISCO-JAVIER Y DE LORENZO SERRANO, MARÍA FERNANDA, *La mujer en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1989-1993,* Mostoles, Arias Montano, 1993.
[516] LUCAS VERDU, PABLO, *Artículo 1º. Estado social y democrático de derecho en Comentarios a la constitución española de 1978,* dirigidos por OSCAR ALZAGA VILLAAMIL, Tomo I, Madrid, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996, pág. 119.
[517] RUIZ MIGUEL, ALFONSO, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, núm. 19, 1998. www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

derecho a la seguridad social se le ha denegado tal protección ante el TC de acuerdo al artículo 53.1 CE y por su encuadramiento en el capítulo III de la Constitución.

En este orden, no se puede obviar que esta intervención planteó una discusión con relación a la posible injerencia del TC en el campo competencial del poder legislativo[518]. Es decir, las resoluciones constitucionales por su relación con la política presupuestaria en el reconocimiento de los derechos prestacionales hacen cercana tal discusión sobre los límites competenciales del TC. A saber, podría suponer su actividad "*una política desarrollada por el TC cercenaría la libertad de configuración que en este campo se reconoce al legislador*"[519].

Sin embargo, en el caso del constitucionalismo español y en la etapa histórica que analizamos sostemos que no se produce tal injerencia, ya que no se crearon nuevos derechos, ni valores a los recogidos por la CE, sino que fue una función reparadora de los derechos lesionados por una normativa discriminatoria heredada del pasado a la par que sirvió de orientación a la actuación de los poderes públicos.

Por esta parte en consonancia con lo señalado, se debe de distinguir en la jurisdicción constitucional en referencia al sistema de seguridad social dos períodos. Es decir, en un primer momento, la actuación del tc esgrimió una lógica formalista sobre la interpretación y aplicación de la Carta Magna, y por eso, buscó la equiparación entre los hombres y las mujeres con el objeto de dar cumplimiento al derecho a la igualdad formal del artículo 14CE en razón de la efectividad absoluta de la igualdad legal[520].

El tc resolvió considerando discriminatorio el diferente trato, en distintas prestaciones, otorgado a varones. Tal consideración se hizo con independencia del análisis de ese falso paternalismo, y sin diferenciar aquellas medidas protectoras constituidas con esquemas discriminatorios para las mujeres que incurrían en un concepto de falso proteccionismo[521]. No se tuvo en cuenta la diferencia con aquellas

---

[518] ALEXY, ROBERT, *Teoría de los derechos fundamentales*, (versión castellana: ERNESTO GAZÓN VALDÉS), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pág.432.
[519] PRIETO SANCHIS, LUIS, *Ley, principios, derechos,* Madrid, Dykison, 1997, pág. 92.
[520] Conceptos ampliados, REY MARTÍNEZ, FERNANDO, *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España,* Madrid, CEPC, 2000, pág.434.
[521] Camps, Victoria, *Paternalismo y bien común, Doxa*, núm. 5, 1988.

otras medidas que iban dirigidas a eliminar las situaciones de discriminación existentes para remediar las condiciones de inferioridad histórica de las mujeres.

Si bien, en este período, se neutralizan los requisitos para el acceso a determinadas ayudas sociales hasta el momento concedidas al cabeza de familia entendiendo como tal al varón[522].

En un segundo período de la jurisdicción constitucional, se aborda una labor por el tc que tiene como objetivo una justicia constitucional compensadora, que buscó legitimar las prestaciones sociales que pretendían desde la diferencia lograr la igualdad de sexos, pues se consideraba que la situación de las mujeres y los hombres no había sido igual ya que las mujeres partían de una desventaja histórica de discriminación.

De esta forma, se abandona la interpretación formalista de los primeros momentos, así, se abre una etapa donde hay mayor rigor en el estudio de la constitucionalidad de las discriminaciones planteando la interpretación desde los principios constitucionales que dan contenido material a la Constitución, y que permiten superar los antiguos criterios interpretativos meramente formales de la igualdad de mujeres y hombres. Por ello, a diferencia de la etapa anterior, se hace distinción de las medidas normativas que ocultaban un paternalismo social atentatorio contra los derechos de las mujeres, de aquellas medidas positivas que pretendía eliminar las situaciones de discriminaciones que sufrían las mujeres.

En esa primera línea, efectivamente, la jurisdicción constitucional equiparadora se produce en los momentos iniciales de la labor del tc, que estuvo marcada por el reconocimiento de la igualdad formal del artículo 14 CE. En este sentido, el tc señaló que la regulación de determinadas materias suponía un quebranto del artículo 14 CE. Es decir, el derecho a la igualdad formal exigía eliminar de todos los

www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

522 ALCOLEA TEJEDOR, PILAR, *Discriminación laboral de la mujer: estudio de la doctrina jurisprudencia española y comunitaria sobre la discriminación de la mujer desde 1980,* Valencia, Comissions Obreres del País Valencià, Secretaria de la Dona, 1994.

contenidos normativos las diferencias por las que según el sexo se establecían distintos requisitos para acceder a las prestaciones de la seguridad social.

En materia de seguridad social, el tc en palabras de Ruiz Miguel, "utilizó un concepto amplio de discriminación como mera desigualdad injustificada o irrazonable (...) según la cual la Constitución española prohibiría sin posibilidad de excepción el uso de tales rasgos, sean cuales sean sus sentidos y sus objetivos"[523].

La exigencia de un trato igual que el otorgado a las mujeres, hizo que los varones acudieran al tc reclamando amparo para el reconocimiento de su derecho a constituirse en beneficiarios de las pensiones de viudedad, porque consideraban que tenían un derecho derivado de la muerte de su cónyuge sin más requisitos que los requeridos a las viudas en el acceso a estas prestaciones; así, no tenían que acreditar el estado de necesidad establecido por la normativa vigente, bastando con justificar el fallecimiento de su cónyuge[524].

La aplicación de un lógico formalismo fue el que determinó que los varones tuvieran derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, puesto que el tc consideró que no había justificación para establecer distintos requisitos entre los compelidos a las mujeres de aquellos requeridos a los varones.

Este período de la actuación del tc se inicia con las sstc 103/1983 y 104/1983, de 22 y 23 de noviembre de 1983. En estas resoluciones constitucionales se señaló que todas las exclusiones de género del sistema de protección social que no fuesen justificadas, ni razonables, y, únicamente, estuviesen valoradas por razón de sexo deben ser consideradas como discriminatorias. El tc consideró que los hombres eran objeto de discriminación de acuerdo al artículo 14 CE a causa de que los requisitos del viudo eran endurecidos sin causa que lo justificase.

---

[523] RUIZ MIGUEL, ALFONSO, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Op. cit.*, pág. 56.
[524] Esta línea de absoluta lógica formalista está presente en las sentencias: STC 7/83, STC 86/83, STC 103/83, STC 38/84, STC 58/84 y STC 38/86.

De esta manera, se apreció que las normas legales no deben crear situaciones desiguales o discriminatorias entre las personas. Esta situación de desigualdad, consideraba el tc estaba presente en la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia de acuerdo al citado artículo constitucional. Eso es, se consideraba que no existía motivo para que el artículo 160.2 de la LGSS de 1974 estableciese un trato desigual en perjuicio del varón, ya que en esta regulación con identidad de circunstancias, los efectos son diferentes según el sexo del titular del derecho reclamado.

En igual medida, el TC declaró que se producían discriminaciones contra los hombres en el resto de las prestaciones por muerte y supervivencia que se determinasen con un diferente tratamiento en los requisitos por razón de sexo. De esta manera, las SSTC 301/82 y 288/82 establecieron que, también, los varones tienen derecho a percibir el subsidio en favor de familiares. Por lo que fue inconstitucional el artículo 2, de la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967, que instituía como beneficiarias del subsidio en favor de familiares, a las nietas y hermanas, exigiéndolas ser mayores de 45 años, viudas o solteras, así como, la dedicación prolongada y dependencia económica del fallecido.

En esta misma línea, se utiliza una interpretación formalista con respecto a la regulación específica de estas prestaciones en determinados colectivos. Asimismo, el seguro obligatorio de vejez e invalidez -SOVI- fue objeto de acomodación a la no discriminación de género, por la sentencia STC 142/1990[525]. El TC en esta resolución, que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad, señaló que sin entrar a resolver el problema subyacente se debía de apreciar que hay discriminación siempre que se da un trato diferente ante situaciones de carácter igual. Por lo tanto, la igualdad ante la Ley se debe de entender que ante

[525] De igual manera, el RD de la Presidencia de 22 de octubre de 1926, por el que se aprueba con fuerza de Ley, el Estatuto de las Clases Pasivas del Estado - Gaceta núm. 301, 28 de octubre de 1926 -, regula las prestaciones por muerte y supervivencia en la función pública, consideraba a las viudas de la pensión de viudedad y las huérfanas solteras menores de cuarenta años como beneficiarias de las prestaciones familiares con cargo al Tesoro público- Ley 129/1962 -. Mientras que el artículo 89 declaraba que los huérfanos de las funcionarias fallecidas no tendrían derecho a percibir pensión, salvo que el padre fuese imposibilitado y pobre según e concepto legal, no haciendo falta acreditar la imposibilidad si era mayor de sesenta años. También, se incluía en los casos de privación de libertad de más de un año, o si los padres hubieran abandonado a sus hijos/as - Ley 193/1964 -. En semejantes términos, se expresa la Orden Ministerial, de 11 de diciembre de 1968- Ministerio de Justicia - por la que se aprueba el Estatuto de la Mutualidad de Notarios, -BOE núm. 2, de 3/01/1969- con la modificación del Decreto 2718/73, de 19 de octubre, al agravar los requisitos para ser beneficiario de la pensión de viudedad a los cónyuges de la mujer funcionaria.

supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser, también, iguales.

En suma, la exclusión de los viudos de la posibilidad de acceso a la prestación SOVI con la diferenciación basada en el sexo, suponía un atentado al principio de igualdad en la Ley. De manera que se debe declarar sin validez toda norma que es contraria a las normas constitucionales

De igual modo, la STC 3/91, de 14 de enero resuelve apreciando, que el artículo 162.2 LGSS reconoce en exclusiva a las hijas o hermanas del fallecido el derecho a percibir las prestaciones a favor de familiares. Se señaló que es una medida paternalista, y por lo tanto debía de ser rechazada, aduciendo que es un falso paternalismo que presenta a las mujeres como seres inferiores, siendo inconstitucional esta diferencia por razón de sexo.

No obstante, la STC 3/1991, de 14 de enero, es una resolución dictada en la segunda etapa de la jurisdicción del constitucionalismo, el TC señala que se debe eliminar toda diferencia por razón de sexo para promover una real y efectiva equiparación de las mujeres con el hombre. Pero hace una diferencia con aquellas otras medidas que se deben de adoptar como acción positiva en beneficio de las mujeres para afrontar la desigual situación de partida que padecen las mujeres, y que puede ser corregida mediante este tipo singular de medidas. Al mismo tiempo, se señala que se debe de promover la eliminación de normas falsamente protectoras del trabajo femenino, *"que pueden suponer en sí mismas una barrera al acceso real de la mujer al mundo del trabajo, en igualdad de condiciones con los varones"* [526].

En este orden, la mencionada Ley 26/1990, en su artículo 4.2 que regula las prestaciones no contributivas, estableció que las prestaciones en favor de familiares se reconocerían sin distinción de sexo, por cuanto no habría distinción de sexo en el reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia. De forma que se derogaban las señaladas normativas, y en especial, el artículo 40, del

[526] La STC 3/1991, FJ3, de 14 de enero de 1993, al amparo de las STC 103/1983 y 104/1983, se considera que la limitación de las prestaciones a favor de familiares a las hijas y hermanas, infringe el principio de igualdad, suponiendo una discriminación por razón de sexo. En la relación directa con la línea del TC de considerar a los viudos como sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, del artículo 160.2 de la LGSS. www.tribunalconstitucional.es

Decreto 3158/66, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen general de la seguridad social, y condiciones para el derecho a las mismas.

Efectivamente, este período provocó una crítica, pues el tc decidió que para dar efectividad al principio de igualdad de mujeres y hombres se debía de igualar por arriba el contenido material de la protección de la seguridad social, planteamiento efectuado desde una lógica formalista, pero ajeno a la interpretación en su conjunto del marco constitucional. Además, tales pronunciamientos se realizaron sin atender al contexto de la protección social que se dispensó a las mujeres o familiares femeninos del fallecido. Esto es, no se tuvo en cuenta que estas medidas eran la respuesta a un proteccionismo hacia las mujeres, que se justificaba en la diferente la situación de necesidad de las mujeres que se producía al fallecimiento del causante por depender económicamente del mismo, y por lo tanto, era necesario dar cobertura "derivada" a las mujeres que quedaban en desamparo.

No obstante, también la crítica a esta reclamación es la apatía de los poderes públicos. Así, el tc permite a los hombres su incorporación a un cuadro de acción protectora, que es fruto de etapas anteriores y que había sido concedido a las mujeres para compensar su marginación social. Es decir, esta extensión de los derechos de muerte y supervivencia a los hombres se decreta sin antes corregir las situaciones de discriminación que habían conllevado ese falso proteccionismo, cuyos postulados están en base a que a las mujeres se les había categorizado como seres débiles que debían ser objeto de protección especial.

Este aspecto supuso que las diferencias de género se hicieran mayores a las ya existentes, puesto que el tc no entró a debatir la causa de esta diferencia, y simplemente, declaró que esta protección también era extensible a los varones.

En definitiva, tc no sólo debió resolver con el marco del artículo constitucional 14, sino que debió recurrir a otros artículos constitucionales y a otras normas. Si bien, en esta primera etapa el control del tc se redujo a un juicio de compatibilidad de la igualdad formal del artículo 14 CE y del contenido de los enunciados de normas que reconocían prestaciones sociales a las mujeres. En conclusión, tal y como

hemos mencionado, las resoluciones de este período respondieron a una vocación estrictamente formalista de los presupuestos y contenidos del Estado social.

Posteriormente, la labor del tc se alejó del marco meramente formalista, y utilizó los principios y valores constitucionales de interpretación desde el análisis de la distinta protección que debía de otorgarse a las mujeres, para así poder garantizar su dignidad, justificándose en la necesaria diferenciación de una situación actual femenina que tenía su origen en una desigualdad pretérita con respecto de los hombres. Este segundo momento, es el iniciado por la sentencia 128/1987, de 16 de julio que sólo indicamos, porque al estar relacionada con el mercado laboral la tratamos en el capítulo segundo. Sin embargo, con ella el tc utiliza nuevos criterios de interpretación planteados desde la necesidad de alcanzar la igualdad desde el trato diferenciado que exige que el constitucional haga legítimo la acción positiva en favor de las mujeres.

No obstante, señala que estas medidas no pueden formularse amparadas únicamente en razón de proteger sin más a la mujer. Ciertamente, las mujeres no deben tener privilegios, sino un trato diferenciador. Es decir, este tratamiento diferenciado es preciso, y así, lo ha entendido el tc aduciendo a las circunstancias históricas de desventaja social que situaba a las mujeres en inferioridad de condiciones sólo por el hecho de ser mujeres. De ahí, la necesidad de ir más allá de la igualdad formal, y por el contrario buscar la igualdad material, pero desde la diferenciación. Aunque, si bien, se exija que sea justificada y razonada en orden a criterios y valores constitucionales[527].

De este sentido, en este período se hizo lícito la formalización de la acción positiva justificada por la desventaja histórica de las mujeres, porque era un hecho real la dependencia económica de las

[527] En esta fase de distingue las sentencias que eliminan las acciones falsamente protectoras, y legitiman las acciones positivas a favor de la mujer. Entre las primeras sentencias que declaraban inconstitucionales las medidas que pretendían proteger los derechos de las mujeres, pero que se volvían en contra de los propios objetivos con se definieron: STC 207/87, STC 142/90, STC 158/90, STC 58/91, STC 28/92, STC 3/93 y STC 5/94. Entre las segundas resoluciones constitucionales que pretendían hacer legítimo la intervención normativa a favor de otorgar un trato desigual a una situación que no podía ser tratado de forma igual, pues las mujeres no tenían de inicio una misma situación que los hombres: STC 19/89, STC 49/90, STC 68/91, STC10/93.

mujeres del marido desde el momento que la regulación normativa fomenta que las mujeres no estuviesen presentes en el mercado de trabajo.

Dicho de otro modo, aunque el hecho de ser mujeres no es dato suficiente para que, sin otra razón, se otorgue un tratamiento desigual, sin embargo, no sería justo quedarse en este punto y no ir más allá en el análisis del origen de esta normativa que como es el caso no es sino otro ejemplo de la marginalidad de las mujeres, en cuanto a que la infravaloración económica del trabajo femenino y su exclusión del mercado suponían que las mujeres al fallecimiento de su marido quedasen en situación de necesidad.

En este orden, en referencia al sistema de la seguridad social, la STC 19/1989, de 31 enero consideró que, efectivamente, el ordenamiento jurídico español debe de estar presidido por el principio de igualdad y que debe desterrarse toda medida que suponga discriminación por razón de sexo y, por consiguiente, tanto los hombres como mujeres tienen derecho de acceso a las pensiones de jubilación en la misma cuantía que las mujeres. Sin embargo, en la voluntad de la normativa constitucional, también, está presente el superar la histórica situación de inferioridad atribuida a las mujeres. De acuerdo con este fin, el reconocimiento de pensiones de jubilación como consecuencia de una regulación más positiva para las mujeres no se debe de considerar lesivo al principio de igualdad, puesto que su objeto es compensar su tradicional situación de desventaja en el marco social.

En este caso, el derogado Estatuto de la Mutualidad laboral del sector del textil mantenía un diferente trato entre los hombres y las mujeres, al otorgar a los primeros la pensión de jubilación a la que se accedía entre los sesenta y sesenta y cinco, cuantificando el porcentaje en el 70% del salario regulador, mientras que para las mujeres el porcentaje era del 80%. El asunto era que, el Estatuto de la Caja de jubilación y subsidios textil, gestionado como es obvio en esta época por una Mutualidad laboral, de acuerdo a la Orden Ministerial de 4 marzo 1955, modificada por de 18 de enero de 1967 y Orden Ministerial de 13 de junio del 1967, concedía pensiones que fomentaban la jubilación femenina anticipada.

En este supuesto, el TC consideró que esta medida tenía el fin de evitar situaciones de discriminación para cubrir los períodos de carencia de acceso a la jubilación. La diferencia de edad estaba justificada, porque las mujeres tenían un mayor desgaste físico al tener que atender a sus responsabilidades profesionales sin olvidar su ejercicio con la maternidad y la asunción de sus obligaciones familiares, que recaían en ellas en su totalidad.

Esta situación que se resuelve con la consideración de que esta medida trataba de compensar las diferencias salariales que las mujeres sufrían, puesto que éstas eran considerablemente inferiores a las de sus compañeros de trabajo. Así como el generalizado registro de mujeres en las inferiores categorías profesionales, que las situaban en titularidad de pensiones de jubilación inferiores en cuantía a las de los trabajadores varones[528]. Se califica por el TC como medida positiva para la protección de los derechos sociales femeninos.

Sin embargo, la stc 16/95, de 24 de enero señaló que, en la actualidad, no hay razón justificada para establecer diferentes edades en el acceso a la pensión de jubilación voluntaria. Además, entendiendo que la jubilación anticipada de las mujeres las afectará negativamente y es contraria a la igualdad de trato. De forma que mantener esta regulación pudiera afectar a la igualdad de oportunidades de las mujeres en el acceso al empleo, en cuanto a que sería un coste adicional que soportaría la empresa con respecto a sus recursos humanos femeninos.

Por otra parte, es de interés la stc 315/1994, de 28 de noviembre, que a pesar de tratarse de prestaciones sociales por muerte y supervivencia, no obstante, es una resolución pronunciada en este

[528] La entrada de España en la Comunidad Europea obligó a modificaciones a raíz de la Directiva 79/7/CE que exige que los derechos de los pensionistas no se vean afectados por el sexo como así lo manifestó la sentencia de Tribunal de Justicia Europeo en la ST de 9 de febrero de 1982, Caso 12/81, *Hielen Garlan contra British Rail Engineering Limited.* En este mismo sentido, el TJE señala que, "*cualquier medida o ventaja del hombre sobre la mujer, aunque siendo pensionistas de la jubilación es discriminatoria cuando sea otorgado tanto para el titular como para sus familiares por razón de sexo*". (STJE de 9 de junio de 1982, Caso 58/81, *Comisión de la Comunidad Europea contra el Gran Ducado de Luxemburgo*. Por el contrario, la STJE de 30 de marzo de 1993, Caso 328/92, *Secretary of State for Social Security*, consideró que la fijación de edades distintas para los hombres y mujeres en el acceso a la jubilación sólo estarán permitidas cuando sea una medida objetivamente necesaria para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de la seguridad social o bien, para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones.

segundo período de tc que rompe con la línea seguida por el constitucional con relación a estas prestaciones.

El tc declara "sencillamente" que es inconstitucional la norma del Reglamento de la Diputación foral de Navarra de 1931 que concedía una pensión de orfandad a los hijos/as varones de empleados municipales hasta los 25 años, y sin límite de edad para las mujeres hasta que tomen el estado civil de matrimonio o religioso. No procede como en los casos anteriores - stc 103/1983, stc 104/1984, stc 144/1989, stc 142/1990, stc 158/1990 -, a "igualar por arriba" como solicitaba el demandante varón, ya que el tc señaló que se trataba de una norma inconstitucional al tratarse de un régimen no justificado, y que, por consiguiente, lo que procedía era su supresión del ordenamiento jurídico a la par que el poder legislativo debía entrar a ordenar, de nuevo, estas prestaciones. Esta sentencia es dictada estando en vigor la nueva Ley Foral de Navarra 5/1991, de 26 de febrero que anulaba toda diferencia motivada por sexo.

En síntesis, las actuaciones del tc han cristalizado en una apertura efectiva del Estado español a los parámetros que definen la categoría jurídica del constitucionalismo social. La jurisdicción constitucional se ha involucrando en la protección social de la ciudadanía, cuyo último objetivo es la garantía del bienestar material de las personas humanas desde la equitativa distribución de recursos materiales. En definitiva, su labor da protección a las lesiones de los derechos sociales, tanto desde una perspectiva reparadora como compensatoria en el ámbito individual. A la vez que su labor es orientadora de la actuación del poder legislativo en la promoción y garantía de los derechos sociales.

Este largo trayecto de cambios jurídicos tiene su realización en la LGSS vigente de 1994 – RD Legislativo 1/1994, de 20 de junio - convirtiéndose en la primera ley general reguladora del sistema de la seguridad social del período democrático[529].

[529] GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO Y ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA Y MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO Y NUÑO RUBIO, JOSÉ LUIS Y OLIET PALÁ, BLAS Y SANJUAN MARÍN, JUAN JOSÉ, *Código de protección social,* Tomo I, Madrid, 1995.

Todos estos cambios sociales, económicos y jurídicos se fortalecieron con la entrada de España en la Comunidad Europea, desde el 1 de enero de 1986. En este sentido, el ordenamiento jurídico español debió de introducir cambios a favor de la garantía de los derechos sociales de las mujeres para constituirlas verdaderamente en ciudadanas del constitucionalismo social europeo.

V. LA POSICIÓN DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA EN LA ACTUALIDAD

"(...) tener hijos se ha convertido en un conflicto (...) ¿cómo les a va gustar si a los hombres no les interesa criarlos, si los empresarios las marginan o si la maternidad les impide el prestigio profesional?"[530].

5.1. LAS MUJERES Y EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PÚBLICO ESPAÑOL

5.1.1. Acercamiento al valor de la seguridad social en el contexto sociopolítico contemporáneo

En la actualidad, la implementación del constitucionalismo social se traduce en la obligación del Estado social de proporcionar prestaciones mínimas que den contenido al bienestar material del conjunto de la ciudadanía. Por esta razón, la garantía jurídica de instrumentos sociales se conforma como vital para combatir la exclusión social, a la par que deben de realizar un esfuerzo para derribar los obstáculos a los que se enfrentan las mujeres en el ejercicio de sus derechos sociales.

Los derechos sociales suponen obligaciones estatales, tanto negativas como positivas, aunque en este trabajo abordamos únicamente este último tipo medidas[531]. Así, desde su ordenación como sistema de seguridad social, y derivado de ese carácter obligacional positivo se exige la intervención directa estatal con la formulación de una base normativa, que establezca prestaciones económicas y servicios

[530] FERNÁNDEZ-MARTORELL, M. (1997). Citado por, AGULLÓ TOMÁS, MARÍA SILVERIA, *Mujeres, cuidados y bienestar social: el apoyo informal a la infancia y a la vejez,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 2001, pág. 23.

[531] VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, Madrid, McGraw-Hill, 1997. Asimismo, sobre este tema puede consultarse la obra de CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado social de derecho en la Constitución,* Madrid, Centro Económico Social, 2000, pág.152.

para alcanzar la cohesión social y económica por parte de toda la población, dentro de la consideración de la persona como ser humano que debe ser el objeto final del Estado social[532].

Igualmente, porque su virtualidad práctica reclama la intervención de los poderes públicos, el Estado debe de establecer medidas que promuevan la participación de terceros para que brinden estas prestaciones y servicios sociales, bien, con la concesión de medidas de permitan mejorar el sistema público social, bien, desde el incentivo para la creación de servicios que favorezcan la efectividad de los derechos de las mujeres en el marco económico y social.

El sistema de seguridad social público responde a la obligación del Estado social de asegurar la satisfacción de las necesidades de subsistencia de la ciudadanía, protegiéndola frente a las consecuencias que provocan diferentes estados de necesidad, a la vez que también se orienta a elevar la calidad de vida de la misma con rentas de sustitución del trabajo cuando se debe de abandonar por cualquier contingencia. Estas situaciones de necesidad son definidas constitucionalmente de manera genérica, pero el desarrollo legal del sistema social trata, desde la individualización del sujeto beneficiario o beneficiaria, que las prestaciones de la seguridad social otorguen una protección que compense la pérdida de los ingresos o la carencia de recursos suficientes para subsistir.

Esta obligación prestacional para el Estado social es medular al propio constitucionalismo social, y exige una estructura y formas de ejercicio que deben ser abordadas por el legislador con la correspondiente concreción del poder ejecutivo. En esa medida, su organización estatal demanda recursos económicos públicos suficientes para cumplir con las prestaciones que dimanan del derecho a la protección dispensada por el sistema de la seguridad social. Eso es, habitualmente se reclaman partidas presupuestarias y prestaciones efectivas de servicios por parte del Estado, pero, también el cumplimiento de obligaciones puede proporcionarse a través de otros medios de distinta índole. Así, la satisfacción de estas obligaciones positivas puede darse estableciendo regulaciones que dispongan de procedimientos y medidas necesarios para que las mujeres puedan conseguir la efectividad de los derechos sociales.

---

[532] Esta idea es abordada por FORSTHOFF, ERNST, *El Estado social,* Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1986, pág. 101. Citado por, GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales,* Madrid, Civitas, pág. 41.

Al respecto del concepto de seguridad social se han planteado distintas discusiones, sin embargo, al margen de estas diferencias hay un hecho claro, esto es, se ha producido, objetiva y subjetivamente, una extensión del contenido prestacional del sistema de seguridad social fruto del desarrollo progresivo de los principios orientadores económicos y sociales.

En relación con el actual concepto de seguridad social no debe olvidarse que la política económica y sus objetivos son nucleares del resto de las políticas gubernamentales, entre las que se encuentra la social. De ese modo, el desarrollo de los instrumentos de la política social está muy a menudo ligado a los programas de los gobiernos del momento, y eso hace que su proceso legal venga predeterminado por un camino tortuoso y anclado en los principios mercantilistas. Sin embargo, la política social está disciplinada en el marco flexible de la Constitución, y, por ello, al margen de las exigencias financieras, la necesidad del control constitucional a su desarrollo.

El sistema de seguridad social se ha constituido como fórmula constitucional que permite implementarse como derecho social, y que cumple con el objetivo del Estado social de satisfacer las necesidades de la ciudadanía dispensándole seguridad material. Al mismo tiempo que por estas razones se considera como principio fundamental del Estado social y vinculante constitucionalmente para los poderes políticos, que están llamados a desarrollarlo y estructurarlo.

La polaridad del concepto “protección social” impide a la doctrina definir concretamente los elementos que determinan el sistema de seguridad social, puesto que estos términos son dependientes del contexto constitucional, y por eso se ven aquejados de falta de claridad, ya que las definiciones que del mismo se han efectuado también carecen de concreción jurídica. Dicho de otro modo, los elementos que definen el sistema de la seguridad social se implementan de forma diversa debido a la alineación de los derechos sociales en el marco de la economía social del libre mercado.

De esta manera es la vía judicial la que ha tratado de definirla; esto es, la jurisdicción constitucional ha considerado que el sistema de seguridad social es una fórmula dúctil utilizada en la Carta Magna, que no permite aludir a un sólo modelo normativo de seguridad social que resuma definitivamente el mandato constitucional del artículo 41CE. Asimismo, el tc ha considerado que a pesar de las posibles

participaciones del sector privado en la prestación o gestión de servicios sociales, la seguridad social se concibe como función del Estado social con un carácter público que no quedará "cuestionado por la *incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél"*[533].

La interpretación que se realice del sistema de seguridad social crea un temor, esa falta de definición y concreción constitucional puede suponer una puerta abierta de legitimación al legislador de "turno", que le autorice a dictar normas en razón de gestos políticos poco eficaces y formuladas como respuesta al cliente político a quién se desee conquistar o contentar, o se deba satisfacer en aras de captar su voto[534].

El sistema público de la seguridad social no puede, ni debe por motivos políticos o económicos perder los perfiles de sistema universal y público, sino que antes al contrario debe germinar en el perfecto armazón del Estado social sobre la aplicabilidad de la solidaridad, equilibrio e igualdad entre la ciudadanía[535]. En este orden, el sistema constitucional de la seguridad social se debe mantener por parte de los poderes públicos como un instrumento para garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante las situaciones de necesidad. La jurisdicción constitucional considera que esta protección es el mínimo constitucionalmente garantizado, pero esta exigencia no impide que el legislador, en orden a dar contenido a una política social, pueda establecer una ampliación del contenido de la protección social.

El devenir político también ha afectado al concepto de estado de necesidad como objeto de protección, puesto que ha ido evolucionando en el período democrático. De tal manera, la consideración

---

533 En estos términos se refiere la STC 37/1994, 10 de febrero.

534 Según afirma PISARELLO, "*De esa suerte, a lo largo de casi todo el siglo diecinueve el papel constitucional de los derechos sociales no pasa de ser él de cláusulas políticas de compromiso, a menudo promovidas por élites conservadoras o liberales reformistas como una forma de dotarse de legitimidad y de desarticular los movimientos sociales que persiguen un reconocimiento más amplio de sus intereses. En ciertos casos paradigmáticos, como el del Estado Social autoritario de Bismarck, en Prusia, los derechos sociales aparecen, precisamente, como concesiones otorgadas ex principis por razones de oportunismo político y con el objeto de neutralizar las crecientes demandas sociales, y no como conquistas obtenidas desde abajo mediante la participación de los propios colectivos interesados*", PISARELLO, GERARDO, "Del Estado Social Legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", *Revista Isonomía,* núm. 15, octubre de 2001. www.cervantesvirtual.com/portal/doxa/isonomía.htm

535 Sobre este tema debe de consultarse STC 37/1994, de 10 de febrero de 1994, (FJ4).

de la situación protegida se ha establecido dando como resultado la ampliación del conjunto de las prestaciones sociales que se corresponden con nuevas contingencias. Al propio tiempo que ha ido considerando su contenido al margen de la distinción por razón de sexo, mostrando la transformación del papel de las mujeres en la sociedad y dando contenido a lo que como señala Camps, "se ha dado en llamar "democracia paritaria", es decir, una representación democrática que refleje realmente la distribución sexual que existe en la sociedad"[536].

Con estas consideraciones, el tc muestra un punto de encuentro para el término plural de seguridad social, esto es, el sistema de seguridad social tiene una concepción pública y estatal. No obstante, no es inmune a los acontecimientos socioeconómicos y políticos a los que debe de adaptarse integrando a las diferentes variables que determinan la coyuntura del momento, pero bajo los parámetros constitucionales[537].

De ese mismo modo, el sistema de la seguridad social se enfrenta a los nuevos retos del constitucionalismo social que debe de atender a las exigencias que se planteen derivadas de las recientes transformaciones económicas y sociales, y que han aumentado la presión para que las empresas y los trabajadores/as se adapten a las nuevas circunstancias del mercado y a los nuevos métodos de trabajo, a la par que han disminuido la capacidad de los Gobiernos de gestionar la evolución de la economía. Esta cuestión está relacionada con la reciente desaceleración de la economía mundial, que está poniendo en peligro el proceso de reducción de la brecha social existente entre los hombres y las mujeres, como se ha indicado en el capítulo primero.

El sistema de protección social definido, esencialmente, con rasgos contributivos está determinado en su contenido por la existencia de la relación laboral y del salario, ya que condicionará el tipo de protección dispensada y la cuantía de la misma. Por ello, es fundamental que las mujeres no sean alejadas del mercado de trabajo o restringido su trabajo a precarios empleos. En consecuencia, es

[536] CAMPS, VICTORIA, "La emancipación femenina y el Estado de Bienestar", *Revista Meridiam,* núm. 29, II Trimestre, 2003.
[537] Véase, la STC 19/1982 (FJ8).

necesario el compromiso de los Estados sociales para establecer mecanismos para que las mujeres no se vean discriminadas en el marco de la protección social.

En este orden de ideas, el futuro de los sistemas de seguridad social, fundamentalmente europeos, exigirá substanciales innovaciones, puesto que se anuncian importantes cambios demográficos, económicos y sociales, que se pueden identificar en cuatro grandes tendencias de particular importancia: (i) el envejecimiento de la población y las perspectivas de aumento del índice de crecimiento del número de personas mayores a partir de 2010 y la correspondiente presión sobre el sistema de pensiones y la tendencia hacia una jubilación anticipada; (ii) una participación cada vez mayor de mujeres en el mercado de trabajo y los cambios en el equilibrio entre hombres y mujeres; (iii) la persistencia del desempleo de larga duración, especialmente, entre las trabajadoras a la par que continuarán siendo las principales titulares de la contratación a tiempo parcial; (iiii) y con relación al crecimiento de la población se espera un aumento del número de hogares con personas que viven solas y de hogares en los que ningún miembro trabaja.

Al mismo tiempo, en la UE, el crecimiento del número de personas mayores de 75 años hará que aumente notablemente la demanda de cuidados de larga duración, precisamente, en el momento en que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo causará probablemente la reducción del número de personas disponibles para la atención familiar no remunerada[538]. Así, ya se puede apreciar cómo la insuficiencia de servicios de cuidado de los niños/as y personas mayores en varios Estados miembros septentrionales se traduce en una menor participación de las mujeres en el mercado de trabajo. Por tanto, se evidencia que en muchos Estados miembros de la UE es necesario ampliar la disponibilidad de los servicios de cuidado de los niños/as, así como introducir medidas para ayudar y subvencionar a las mujeres que cuidan a miembros de la familia con discapacidad o a ancianos y ancianas dependientes.

En este nuevo contexto, la sociedad europea tendrá que hacer frente a los importantes retos que se plantean, y, la ue se ha comprometido a promover la igualdad de sexos reduciendo sustancialmente

[538] Comisión Europea: Informe de 2004 al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones sobre "*la igualdad entre las mujeres y los hombres*". *COM/2004/0115 final.*

las diferencias para el 2010, a la vez que alcanzar los objetivos de desarrollo y crecimiento económicos sostenibles formulados en Lisboa y Gotemburgo[539].

En definitiva, la exigibilidad de los derechos sociales, y por ende, de la protección del sistema de seguridad social público se debe de plantear como una manifestación del modelo social de Estado constitucional. A este fin, la necesidad de establecer recursos y estructuras que permitan brindar prestaciones sociales garantizadas frente a los vaivenes de la economía, y al margen de la subordinación al poder económico de las políticas sociales gubernamentales del momento. En consecuencia, se debe de exigir que la fórmula de economía social de mercado sea interpretada a la luz de los principios constitucionales rectores de la política económica y social de los Estados europeos, y dando un impulso a la protección de los derechos sociales de las mujeres en orden a permitir a las mujeres ver consolidada su "emancipación" en el Estado social[540].

5.1.2. Nueva ordenación del sistema de la seguridad social en el constitucionalismo social español

Tal y como se ha mencionado en el capítulo cuarto, en España, de forma semejante al resto de los países europeos, con la etapa democrática se recoge un cambio social que se presentará más como una reforma del contenido de las prestaciones, que estructural del sistema de seguridad social. Es decir, con estas modificaciones se ha tratado de hacer efectivo el contenido de la Constitución de 1978, pues se ha

[539] Comisión Europea: Informe de 2004 al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones sobre "*la igualdad entre las mujeres y los hombres*", *COM/2004/0115 final.* De igual manera, el Tratado por el que se establece la Constitución europea de octubre de 2004, en el artículo III-209 en relación con el artículo III-210 considera que para conseguir los objetivos comunitarios corresponderá establecer medidas para la mejora de la protección social de forma adecuada. Asimismo, se demanda la coordinación entre los distintos Estados miembros al ser esta interdependencia considerará como esencial en materia de seguridad social. De ese modo, la Comisión europea actuará en estrecha colaboración con los Estados miembros mediante estudios, dictámenes, y consultas. Por otra parte, se reconoce, en el artículo II-93 como derecho fundamental, la garantía de la protección de toda persona contra cualquier despido relacionado con la maternidad, a la vez que se enuncia como derecho fundamental, pero con carácter diferenciado, tanto el disfrute de un permiso pagado por maternidad como el ejercicio del derecho a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño/a. En esta medida, ambos instrumentos son concebidos como herramientas constitucionales en orden a la conciliación de la vida familiar y profesional de la ciudadanía europea.

[540] CAMPS, VICTORIA, "La emancipación femenina y el Estado de Bienestar", *Revista Meridiam,* núm. 29, II Trimestre, 2003.

reivindicado la eficacia del orden social y económico establecido por el constitucionalismo en esta nueva etapa, que responde a los presupuestos que son los elementos definitorios del Estado social.

De este modo, las reformas del sistema de la seguridad social español, desde 1994 hasta la actualidad, se han encauzado en la búsqueda de la racionalidad dentro del orden constitucional a la vez que se ha ido mejorando y ampliación el cuadro de prestaciones sociales. Las reformas han extendido la protección social a nuevas situaciones de necesidad que se han considerado en diferentes momentos políticos que debían ser objeto de protección. De esa forma se ha dado garantía a un mínimo existencial que compense la situación de necesidad que no se puede afrontar de forma individual. Al mismo tiempo, las reformas sociales de este período han generado una seguridad social extensible a la totalidad de la ciudadanía, buscando la universalización de la protección social en los términos que se establecen constitucionalmente, y planteada al margen de la existencia de un contrato de trabajo. Es decir, el derecho a la protección social en el nivel no contributivo queda desgajado de la existencia de una relación laboral por cuenta ajena o del desarrollo de un trabajo por cuenta propia.

En este contexto, se ha tratado de superar el formalismo constitucional de la igualdad de mujeres y hombres, eliminando aquellos contenidos normativos que concebían a las mujeres como seres "que debían ser objeto de especial protección como sujetos subordinados". Sin embargo, en los primeros momentos de la nueva etapa democrática persistió un sistema de seguridad social estructurado con pautas políticas y socioculturales tradicionalmente masculinas como se ha mencionado en el capítulo cuarto.

En España, el derecho a la seguridad social se recoge en el artículo 41CE, que se constituye como principio rector de la política económica y social, haciendo un diseño de un sistema de seguridad social con vocación universalista y pública en el nivel contributivo[541]. De esa manera, la efectividad normativa

[541] En palabras de BEVERIDGE: "*El sistema está destinado a garantizar las rentas suficientes para una subsistencia digna del individuo y su familia, con la condición que trabaje mientras pueda y contribuya con sus ingresos. El "fordismo" creaba empleo masivo, costes baratos, con un incremento de la producción, producción seriada, economías a escala, más empleo, con la tecnología se traslada el coste. Antes, el tiempo era la retribución, ahora la productividad y la tecnología. El voluntariado, que se ha incrementado en los últimos años, a través del subsidio y conciertos, líneas paralelas, de actuación, altruismo no remunerado, se manifiesta en la necesidad de potenciar la*

del principio constitucional de la seguridad social se produce con la LGSS, que ha sido la sede normativa del contenido constitucional, exigiendo mejoras en el sistema de protección social planteadas desde la igualdad de sexos, y eliminando aquellas situaciones que se constituían para las mujeres en injustos tratamientos sociales que desembocaban en inseguridad material ante situaciones de infortunio.

No obstante, el telos constitucional se muestra como algo más que un principio rector, pues actúa como auténtica norma jurídica exigiendo, para su conversión en auténtico derecho social ejercitable subjetivamente por la ciudadanía, el oportuno desarrollo legal y la implantación del correspondiente sistema social público[542]. Este artículo constitucional es la base para crear unas condiciones y seguridades necesarias, teniendo su correlato en las responsabilidades y competencias estatales que tienen el objeto de madurar la formulación del sistema público de seguridad social.

En la actualidad, el sistema de seguridad social español se define como el instrumento que permite al Estado social desarrollar una política de garantía de la cobertura de las necesidades de la ciudadanía de forma adecuada y suficiente. Ese sistema en el caso de España se estructura en dos niveles: un nivel asistencialista que da contenido a la vocación universalista con una protección mínima y se configura al margen de la existencia de la relación laboral, y el nivel contributivo, definitorio sustancialmente de las prestaciones sociales, que se configura en torno a la existencia de un contrato de trabajo que se materializa en cotizaciones a la seguridad social que son el requisito para constituirse en beneficiarios/as de las correspondientes prestaciones sociales.

En esta medida, y tal como se ha indicado a lo largo de este trabajo, la influencia del contrato de trabajo en la posición de las mujeres en el orden social, se ve reflejada por su posibilidad de acceso a un adecuado sistema de protección social, que está, netamente, diseñado para dar satisfacción a las necesidades vitales desde una perspectiva contributiva. En este mismo sentido, Rodríguez Escanciano,

---

participación. No existe una dualidad de ciudadanía, la política social europea hasta 1974 carecía de líneas claras. Es el Acta Única Europa la primera que asume estas obligaciones", BEVERIDGE, *Pleno empleo en una sociedad libre,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1989, pág.37.

[542] En este sentido, el Estado social tiene la responsabilidad de conjugar "*la prohibición y la obligación de la intervención de la esfera pública en el área social,* OLIVAS, ENRIQUE, *Problemas de legitimación en el Estado social.* En VVAA, *Problemas de legitimación del Estado social,* Madrid, Trotta, 1991, pág.13.

considera que es de suma importancia la relación entre las mujeres y la posesión de un empleo, porque, "no en vano la actividad laboral no sólo acerca a la mujer a la exigencia de abrir día a día sus expectativas de realización, sino que, por encima de ello, le permite allegar recursos suficientes para una supervivencia digna tanto personal como, en su caso familiar"[543].

Por consiguiente, recordando que no existe un precepto constitucional específico que proteja la situación social de las mujeres, la posición de las mujeres en el sistema de la seguridad social se define en el frontispicio de la Carta Magna, que es sostenido por el artículo 41 CE y la exigencia genérica de un sistema público de seguridad social. Así como por el artículo 39.2 CE, por cuanto protege a las madres debido a la protección constitucional que se dispensa a la familia, y ello desde la exigencia de la igualdad de mujeres y hombres a tenor del artículo 9.2 y del artículo 14 CE. De esta manera con las referencias efectuadas en el capítulo segundo, se debe de señalar que persisten las dificultades de las mujeres en el acceso a la protección social por derecho propio al estar ésta vinculada jurídicamente a la existencia de un contrato de trabajo.

Este cuadro constitucional está falto de concreción en cuanto a la referencia particular a las mujeres, eso es, no existe una alineación constitucional concreta de la defensa de la posición de las mujeres en el Estado social en relación con el sistema de seguridad social. De esta forma, no se ha atribuido con fuerza constitucional diferenciada el ejercicio de los derechos sociales de las mujeres en igualdad de condiciones. Tampoco está presente la determinación de un sistema social con medidas que sirva para eliminar las dificultades, que tienen las trabajadoras para ser parte de la ciudadanía social.

De tal manera, que el bastión último de la determinación del contenido de los derechos sociales ha sido asumido por el poder legislativo, que pasa a ser junto con el poder ejecutivo, los encargados del acercamiento legal de la estructura y organización del sistema de seguridad social a la realidad económica, social y política. Dicho de otro modo, los poderes públicos son los responsables de dar protección a la ciudadanía de forma no discriminatoria dentro del respeto a la dignidad humana, y sobre todo, buscando extender la justicia social de igualdad al orden social y económico.

---

[543] Es obligada la remisión a RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002, pág.22.

El tratamiento genérico junto con las dificultades propias de los derechos sociales ha entorpecido la protección exigible al Estado social para con las mujeres, en cuanto a que del mismo no siempre ha sido fácil conseguir un compromiso real de cobertura y garantía social de las mujeres frente a la discriminación que sufren por razón de su sexo. Tampoco se ha dado solución sustantiva al reconocimiento de las mujeres como sujetos de derecho, cuyas consecuencias en el marco del sistema de protección social se hacen patentes desde la perspectiva económica y social.

En consonancia con lo anterior, el sistema de seguridad español de las postrimerías del siglo XX trató de plantear un sistema respetuoso para con los derechos y principios que inspiran al Estado social. De esa manera, el ordenamiento jurídico español reflejó los nuevos parámetros constitucionales que suponían fijar las condiciones de las prestaciones sociales desde la igualdad de sexos, pero no desde la identidad, sino desde la diferenciación eliminando el paternalismo estatal y poniendo todo su interés en la igualdad de mujeres y hombres en el sistema de previsión social.

No se puede desconocer, que los avances de la posición de las mujeres en el sistema de seguridad social han sido importantes y significativos, sin embargo, quedan lagunas en los contenidos normativos por superar. Así como en la realidad sociolaboral, que muestra que las mujeres siguen asumiendo la responsabilidad de la esfera doméstica, que es una de las principales causas de su renuncia total o parcial, definitiva o temporalmente a seguir activas en el mercado de trabajo con las secuelas negativas que esta decisión tiene para su posición en el sistema de seguridad social.

En este orden, la intervención del Estado es el instrumento que sirve a los intereses de la sociedad, creador de un circuito social que debe afrontar las consecuencias del incremento del empleo precario, con una realidad que muestra que son las mujeres las principales víctimas de esta situación[544].

---

[544] En efecto, cabe indicar que esta responsabilidad está definiendo la actuación de los poderes públicos en estos momentos, así, "*La Decisión del Consejo de 18 de febrero de 2002, relativa a las directrices es, precisamente la de reforzar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, fijándose para ello, entre otros objetivos, el establecimiento de políticas sobre compaginación del trabajo y la vida familiar. Según esta decisión se pretende algo muy ambicioso: que la tasa de empleo femenino sea en enero de 2005 del 57%, y en enero del 2010 del 60%. Téngase en cuenta que en España, actualmente, ese índice de empleo ronda el 40%*", ARGÜELLES BLANCO, ANA ROSA, "Reflexiones sobre el Estado de la cuestión a raíz de las últimas reformas", *Actualidad Laboral,* núm. 6, semana de 3 a 9 de febrero de 2003, pág.76.

En el siglo XXI, este aspecto toma relevancia al consolidarse el concepto bipolar de ciudadanía social, es decir, por una parte, a través de la universalización de la acción social, y, por otra parte, a través de la consagración del sistema como contributivo. Definido éste por la obligatoria incorporación al mercado de trabajo, y, cuantificado por las retribuciones salariales a efectos de la determinación de la cuantía de la prestación social.

En esta misma línea, los poderes públicos orientan su política con el objetivo de elevar la calidad de vida de las mujeres, por eso, se deben de establecer garantías jurídicas para que las mujeres puedan decidir libremente sobre su vida personal y profesional. Las formulaciones normativas tratan de dar protección al derecho de las mujeres de ejercer desde la reflexión su capacidad de ser madres, pero como una decisión tomada desde la igualdad, la libertad y el derecho al desarrollo de su personalidad como expresión de su libertad de autodeterminación, siempre desde el respeto a su dignidad como persona.

En resumen, la nueva confección del sistema de seguridad social trata de responder a las necesidades de la población, presentándose como un derecho social que está al servicio público y universalista de la ciudadanía. Aunque no se debe entender como una organización cerrada a reformas y a los avances sociales, puesto que la búsqueda de plena efectividad de los derechos constitucionales exige mantener una continúa evolución acorde a las nuevas exigencias sociales y económicas. Por su parte, los nuevos retos de la sociedad con relación a la protección de los derechos sociales de las mujeres continúan reclamando la adopción de medidas que permitan a las mujeres acceder a la protección social en igualdad de condiciones que los hombres, es decir, medidas sociales que den protección a las mujeres incidiendo positivamente en su situación económica y social.

5.1.3. La dimensión de la protección social de las mujeres en el ámbito de aplicación del sistema de la seguridad social

5.1.3.1. Ánálisis del tratamiento dispensado por el régimen especial de empleados/as de hogar a las mujeres

La justificación de este apartado se debe a que todavía persisten en el sistema de la seguridad social regímenes que muestran una necesidad de reformas legales de equiparación con el referente que es el régimen genera. Por eso, la necesidad de implementar medidas con el objeto de eliminar aquellas regulaciones de menor contenido social al establecido con carácter general, y que afectan a regímenes donde la presencia de las trabajadoras es mayoritaria[545].

El RÉGIMEN ESPECIAL DE EMPLEADOS/AS DE HOGAR es un régimen mayoritariamente femenino, por eso, nos referiremos al término empleadas de hogar por ser el colectivo fundamental de este régimen especial[546]. Este dato ha sido una realidad que continúa en los momentos actuales, y sirva para dar cuenta de esta situación, que los flujos de mujeres inmigrantes encuentran en esta actividad una manera de trabajar y poder vivir en España, aunque ven agravaba su condición de inmigrante por estar caracterizado, habitualmente, este régimen por el desarrollo de la actividad en economía sumergida.

De este modo, el Decreto de 25 de septiembre de 1969 que regula este régimen es el espectro de una historia de discriminación del trabajo femenino en el hogar. Esta base normativa se formaliza al sabor de las enseñanzas de la Sección Femenina. Tal como indicamos en el capítulo cuarto, esta institución es un órgano del movimiento franquista, que se caracterizó por su desafortunada incursión en la educación y en la vida social de la época para predicar la condición de las mujeres como amas de casa, "dueñas de su hogar", y abogando por el fomento de medidas que implicasen la exclusión de las mujeres del sistema normalizado de trabajo. Pues bien, como era lógico en una normativa franquista, en el preámbulo de la citada normativa se agradece a la Sección femenina su inestimable ayuda, prestada para la regulación de las condiciones de trabajo de este colectivo.

Con esta regulación del trabajo de las empleadas del hogar se discrimina por parte del ordenamiento jurídico español al trabajo realizado por estas trabajadoras, pues no se calificaba como

[545] Un aspecto que es concluyente de la situación que sufren las mujeres en su integración en el campo de aplicación del sistema de seguridad social, es el referido a la incorporación de los clérigos en el régimen general, de acuerdo al RD 2398/1977, de 27 de agosto por el que se regula la seguridad social del clero, pero se obvia del mismo a las mujeres, al no hablar de mujeres en el ejercicio del ministerio de la Iglesia, de tal modo, que las monjas deberán incorporarse al sistema social por otras vías, tales como el ejercicio de la sanidad y la docencia, y en consecuencia, son objeto de discriminación por la Iglesia y por el propio sistema de la seguridad social.
[546] Cfr. Capítulo cuarto del presente trabajo.

relación laboral las actividades desarrolladas por estas empleadas del hogar, y con la subsiguiente sustracción de la cobertura social que el incipiente sistema de seguros sociales del momento podía haberles dispensado en el caso de haber sido calificado su trabajo como relación laboral por cuenta ajena.

El devenir histórico de la propia regulación normativa del sistema de seguridad social conllevó la primera inclusión de las empleadas de hogar en la Ley de contrato de trabajo, de 21 de noviembre de 1931, en cuanto a que el artículo 6 establecía que se debía considerar como relación laboral el desempeño de esta actividad. Posteriormente, en 1956, aunque con limitaciones subjetivas, las empleadas del hogar son circunscritas al sistema de previsión social mediante el Montepío Nacional del Servicio Doméstico[547].

Sin embargo, esta actividad profesional no será considera realmente como relación laboral hasta la Ley de Relaciones Laborales 16/76, de 8 de abril en orden a lo establecido en el artículo 3.1 apartado primero. No obstante, también en esta base normativa el trabajo de las empleadas del hogar es cartografiado con el esquema de relación especial. Por ello, con particularidades que no igualaban favorablemente las condiciones laborales de estas trabajadoras con las estipulaciones sociales del nivel general de cualquier otro trabajador/a, sino que mantenía un cuadro sectorializado de condiciones socioeconómicas de inferior contenido protector al normalizado para la relación laboral genérica[548].

Esta definición otorgando un carácter especial pervivió en el propio Estatuto de los Trabajadores de 1980, y sus posteriores modificaciones. Asimismo, la Ley General de la Seguridad Social - RDL 1/95,

---

547 Consúltese, MALDONADO MOLINA, FCO. JAVIER, *Las Mutualidades de Previsión Social como Entidades Aseguradoras,* Granada, Comares, 2001, págs. 63-64.

548 De esta manera, las empleadas del hogar se veían de forma genérica discriminadas pero, además, la exigencia de no estar casadas para trabajar agravaba su situación social, ello en un contexto laboral contrario al trabajo de las mujeres. Así, "e*l artículo 4 determina que la afiliación se califica como obligación para todos los servidores domésticos con edades comprendidas entre 14 y 55 años, aunque " las servidoras domésticas para pertenecer al Montepío deberán ser solteras o viudas (o separadas de hecho, o de derecho del marido, <por causas no imputables a las mismas>), o su marido estar incapacitados de manera permanente o absoluta para todo trabajo - artículo 13 del Estatuto del Montepío Nacional del servicio doméstico modificado por el artículo 7.1 LGSS, al establecer sin distinción de sexo o estado civil-*", LUJÁN ALCARAZ, J., *El Régimen de la seguridad social de los empleados de hogar,* Navarra, Aranzadi, 2000, págs. 19-24.

de 24 de marzo - es receptora de los prejuicios jurídicos existentes sobre este colectivo, puesto que lo continúa abordando con características y diferencias laborales y sociales inferiores a las establecidas para el colectivo de trabajadores/as del régimen general[549].

Estas peculiaridades fueron precisadas en el RD 1424/1985, de 1 de agosto. De esa forma, esta norma considera que en "*esta actividad no se aprecian los perfiles propios de la relación laboral*", aduciendo que no podía ser calificada como tal, porque se caracterizaba por tener criterios diferentes en la estipulación de "horarios y salarios", así como por ser específico el lugar de trabajo, ya que se trataba del domicilio particular del empleador, quedando aproximado a un trabajo cuasi familiar por las características del mismo. Especialmente, esta norma incidía en las diferencias en cuanto al centro de trabajo, que lógicamente era el domicilio de la familia, a lo cual solamente resta preguntarse dónde pretendía el legislador que se desarrollase el trabajo de una empleada del hogar, y qué debía de entenderse según el legislador de turno por "*conceptos retributivos inespecíficos*".

De esta forma, absolutamente discriminatoria para este colectivo, se le otorgaba un tratamiento más cercano a los trabajadores/as por cuenta propia, que al régimen de trabajadores/as por cuenta ajena del régimen general; este ilógico planteamiento se dispensa a pesar de que su actividad laboral era desempeñada de forma dependiente y retribuida.

Asimismo, con relación al campo de aplicación, este régimen excluye a los cónyuges, ascendientes, descendientes y demás parientes del cabeza de familia por consanguinidad o afinidad, hasta el tercer grado -hoy segundo grado-[550]. De este modo se irrumpe en una cuestión esencial para la

[549] El artículo 6 prevé una reducción del salario de hasta un el 45%, cuando se compense con alojamiento o manutención se fijan en un máximo de cinco trienios, los que puede percibir y se cuantifican en un incremento del 3% del salario. En el caso de despido por causas disciplinarias que se declarase improcedente, se tendrá derecho a una indemnización de veinte días naturales multiplicados por el número de años naturales de duración del contrato, incluidas las prorrogas, con el límite de doce mensualidades.

[550] Así, la STC 92/1991, de 6 mayo, resuelve en recurso de amparo 1672/1988, considerando que: "*Aunque el parentesco entre el titular del hogar familiar y empleado doméstico pueda justificar diferencias de tratamiento en materia de afiliación, alta al correspondiente Régimen Especial de la Seguridad Social -STC 109/1988- no permite justificar toda diferencia, sino sólo, aquella que resulta razonable a la luz del conjunto del ordenamiento -STC 79/1991-. Y como quiera que, en éste genera normalmente sólo una presunción "iuris tantum" de que el pariente no es trabajador en el Régimen Especial de Empleados Domésticos, tal circunstancia sólo podrá ser tenida en cuenta a*

protección social del trabajo de muchas mujeres en su hogar, puesto que con esta regulación se margina de toda protección jurídica al trabajo realizado por las mujeres en el cuidado de los miembros de la familia. La persistencia de este lenguaje sexista responde a la concepción del hombre como sustentador económico del hogar, y de esta manera, le otorga potestad jerarquizada sobre los restantes miembros de la familia, incluyendo a las mujeres.

Esta regulación debería haber sido la reforma necesaria para lugar a una ordenación del sistema de seguridad social teniendo como sujetos titulares a las amas de casa, pues podía haber dado solución al problema del trabajo doméstico entre familiares, que hubiese regulado el trabajo de las amas de casa permitiéndoseles estar dentro del sistema de previsión social por derecho propio a las prestaciones, y dar debida cobertura social a su trabajo. Al mismo tiempo que supondría solución a los estados de necesidad que vienen aquejando a estas mujeres cuando por diversas causas no son beneficiarias derivadas de protección social. Además, por otra parte, serían sujetos cotizantes de aportaciones al sostenimiento del sistema social, muy convenientes a efectos de financiación del mismo[551].

Es decir, con esta norma se perdió la gran oportunidad de dar protección social por derecho propio a una actividad esencial desde el punto de vista socioeconómico. La única posible justificación se encuentra en que habitualmente es una actividad desarrollada gratuitamente por las mujeres que no tiene

---

estos efectos, so riesgo de incurrir en discriminación por circunstancia personal contraria al artículo 14 CE". Por otra parte, la STC 79/1991, de 15 de abril permite al Tribunal Constitucional manifestarse otorgando el recurso de amparo a la demandante y permitirle su afiliación al citado Régimen del cual quedaba excluida por el mero hecho de ser pariente de tercer grado. Eso es, "*la demandante que prestaba servicio doméstico para su tía ligada a ella por afinidad, la Tesorería General de la Seguridad Social, revisa de oficio esta afiliación y considera como trabajadora al existir un tercer grado de parentesco por afinidad".* Pues bien, el TC falló considerando que la demandante tenía derecho a la igualdad ante la ley, no pudiendo ser excluida del ámbito de aplicación de la seguridad social, en cuanto que los parientes de tercer grado no están excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores artículo 1.3 c), ni del ámbito de aplicación de la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar, de acuerdo al artículo 2.1 b), del RD 1424/1985, por el que se regula este régimen. Esta incorporación se permitía con la nueva redacción de la LGSS modificada por la disposición adicional 14 del RD Ley 7/1989 de 29 de diciembre, de Medidas Urgentes en Materia Presupuestaria, Financiera y Tributaria, sin requerirle ningún formalismo de que demostraré su condición de asalariado, requisito que es preciso en el caso de tratarse de familiares de segundo grado, si conviven con el trabajador con el empleador y están a su cargo.

[551] Cfr. Capítulo cuarto del presente trabajo. Además, CARRASCO, CRISTINA, *El trabajo doméstico y la reproducción social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1991.

el reconocimiento social que debiera; de tal manera, que no se les permitirá a estas mujeres que son amas de casa ejercer la opción de estar afiliadas y en altas en la seguridad social por derecho directo.

Curiosamente, por otra parte, en relación con el ámbito de aplicación, y respondiendo a un contexto histórico determinado por la dictadura, esta regulación del trabajo de las empleadas del hogar admitió una excepción en cuanto a que permitió incluir en este régimen especial al trabajo doméstico realizado por un familiar de sacerdotes célibes -éstos lógicamente sólo varones por mandato eclesiástico- siempre que sea del sexo femenino y conviviese con ellos; hoy se extiende tal posibilidad a personas de ambos sexos[552].

En la actualidad, la situación de marginación social se plantea con respecto al propio encuadramiento de estas trabajadoras, porque que se considera por el propio ordenamiento jurídico que, "*son trabajadoras fijas aquellas que prestan servicios efectivos al mes, para un solo cabeza de familia durante 80 horas o más*". Así, se hace distinción, y en estos supuestos corresponde a los empleadores/as la obligación de cotización a tenor del artículo 46 del RD 2064/1995, de 22 diciembre, por el que se aprueba el reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la seguridad social. Mientras que si el trabajo se desarrolla para varios empleadores o empleadoras, tales obligaciones de cotización serán a cargo de la persona trabajadora, asumiendo en solitario el pago de la aportación al sistema social.

Con esta regulación y teniendo en cuenta que este colectivo se caracteriza por precarias condiciones de trabajo y empleo se está provocando que el ejercicio de esta actividad se desarrolle de forma clandestina, porque los escasos salarios de las mayoritarias empleadas de hogar les incitarán al desarrollo de su actividad de forma sumergida, o bien, si deciden estar de alta tendrán serias dificultades para hacer frente al pago de su cuota al sistema de la seguridad social.

---

[552] Esta excepción es referida por el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre. A este respecto, LUJÁN ALCARAZ, nos traslada la STSJ de Andalucía/Sevilla, de 30 de junio de 1990 (AS. 1990, 3905): "*Considera que se produce una discriminación hacia el varón que trabaja para el sacerdote célibe, por estar excluido del Régimen especial de empleados del hogar, debiendo eliminarse el criterio sexual para poder hablar de igualdad material y no discriminación en el trato entre hombres y mujeres*", LUJÁN ALCARAZ, J., *El Régimen de la seguridad social de los empleados de hogar,* Navarra, Aranzadi, 2000, pág. 210.

Esta situación no se ve mejorada por la sensación de lejanía que se tiene con respecto de las prestaciones sociales que tienen un carácter diferido. Esto es, la protección social se percibe por la población como algo lejano y etéreo, que juntamente con las dificultades financieras de las empleadas harán fácil que, de ordinario, se trate de evitar tal coste para su salario. En definitiva, se está potenciando que este trabajo sea realizado en jornadas, al menos en la "teoría", inferior al límite de 80 horas, en cuanto a que será la modalidad más realizada por el empleador/a para soslayar las responsabilidades sociales que como empleador y empleadora debía asumir.

En este sentido, este límite horario continúa siendo determinante para establecer la forma de incorporarse al sistema de la seguridad social. La Ley 12/2001, de 9 de julio que regula el contrato a tiempo parcial considera que éste se calificará como tal, cuando se realice una actividad inferior a la establecida con carácter ordinario para un trabajador/a a tiempo completo. Además, se agravaba la situación con respecto de las empleadas de hogar que realicen su actividad en tiempo inferior a 72 horas al mes, porque serán excluidas del sistema de la seguridad social. De este modo, a este colectivo de trabajadoras se le devuelve a los principios del liberalismo, y por ende, al individualismo en la protección social con la exigencia de que la propia población deba de adoptar medidas para la satisfacción de sus necesidades de forma individual y más oportuna dentro de sus posibles económicos.

Por otra parte, la protección social ha situado, y continúa situando a las empleadas de hogar en una posición de inferioridad en el momento de causar derecho a prestación ante cualquier tipo de situación de necesidad. En este sentido, este régimen tiene un cuadro de la protección social con diferencias que son marcadas en orden a las contingencias protegidas, y en razón de la protección dispensada. Es decir, la protección que se otorga no distingue entre contingencias profesionales y comunes, con la importante diferencia cuantitativa de la prestación social. Las empleadas de hogar son afectadas por un trabajo rutinario, pesado y repetitivo, que requiere un desgaste físico y mental. Asimismo, la falta de motivación es causa de depresiones, estrés y daños que no están atendidos por la sanidad pública y el sistema de protección social en el apartado de enfermedad profesional, ya que no se considera para las empleadas de hogar que estas enfermedades deban tener un tratamiento diferenciado de las comunes, como ocurre con el resto de los trabajadores/as por cuenta ajena.

Tampoco se reconoce el derecho a percibir la prestación por desempleo. En referencia a la incapacidad temporal por enfermedad no se comenzará a percibir prestación económica alguna hasta el día vigésimo noveno, computado desde la baja médica. No obstante, la mayor diferencia con respecto del resto de los trabajadores/as por cuenta ajena es que durante esta situación se mantiene la obligación de cotizar a cargo de las propias empleadas de hogar.

Igualmente, se aprecian diferencias en el cálculo de las prestaciones sociales, a saber, no existe integración de lagunas, y se exige que estén al corriente en el pago de las cotizaciones. Al propio tiempo que hay una importante cercanía en su tratamiento por el sistema de la seguridad social al establecido para los autónomos, y así, las obligaciones de la cotización perduran, sin excepción alguna, durante el ejercicio del derecho a la maternidad y el riesgo durante el embarazo.

Además, como en numerosos supuestos las normas legales dejan en manos de las normas convencionales las mejoras que se puedan pactar sobre el contenido de las mismas, ello provoca que, o bien, ante la ausencia generalizada de Convenio Colectivo en este sector, es limitada la protección social de este colectivo a los mínimos legales, o bien se debe de acudir a los seguros privados. De esta misma forma, dado que es un sector caracterizado por reducidos salarios y precariedad laboral, hacen que el establecer los seguros privados como mecanismos para afrontar los estados de necesidad de estas trabajadoras no favorezca en nada a las mayoritarias mujeres de este régimen. Al mismo tiempo que se traduce en una omisión de la responsabilidad del Estado de establecer prestaciones con carácter público, como corresponde al sistema social constitucionalizado, y a la satisfacción adecuada de los estados de necesidad definidos en el valor de la solidaridad[553].

[553] En este sentido, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por el que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, *Diario Oficial de la Unión Europea,* núm. L 373, de 21 de diciembre de 2004. En esta Directiva se aborda el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a que toda persona esté protegida contra la discriminación, y en este orden, la Comunidad tiene la responsabilidad de eliminar las desigualdades existentes entre los hombres y las mujeres, reconociendo que la discriminación y el acoso sexual, también se produce fuera del mercado de trabajo, dañando la integración plena y con éxito de hombres y mujeres en la vida económica y social. Por eso, esta Directiva trata de corregir los problemas en el sector de acceso a los bienes y servicios y suministro con los que se encuentran las mujeres afectadas por la discriminación sexual en este terreno, tanto indirecta como directa. Considerando que se debe de aplicar a las personas que presten bienes y servicios disponibles para el público y que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúan en dicho contexto, incluyendo seguros y

En esta misma línea, la Ley 53/ 2002, de 30 de diciembre y su desarrollo por el RD 1273/2003, de 10 de octubre establecen la posibilidad para los trabajadores/as por cuenta propia y autónomos de la opción de la cobertura de las contingencias profesionales, y de la ampliación de la protección por incapacidad temporal. En cambio es un derecho negado al colectivo del régimen de empleadas del hogar, que tal como hemos indicado es un régimen sustancialmente femenino al no ser incluidas en su campo de aplicación.

Inicialmente, tampoco, el legislador les ha otorgado la debida protección laboral durante el estado de gestación, por ello, se apreció una laguna legal en la protección de las madres en los casos de riesgo para la salud de las mismas al estar excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva 89/391/CEE. Esta exclusión se mantuvo en la transposición de la norma comunitaria a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 31/1995, 8 noviembre, a partir de ahora LPRL. No obstante, en esta norma se realiza una tímida alusión a la protección genérica de las empleadas de hogar, en cuanto a que el artículo 3.4 de la citada norma establece que el titular del hogar familiar debe de adoptar medidas para que el trabajo se realice en condiciones de seguridad e higiene. Todo ello exigible en el marco de la protección de la maternidad que es regulada de forma genérica en el artículo 26 de la LPRL.

En este mismo sentido, la "omisión" de la LCVFL hacía que los empleados/as de hogar no se considerasen incluidos en su campo de aplicación. No entendible cuando se mencionaba a los restantes trabajadores/as por cuenta ajena y por cuenta propia, por eso, no tiene otra explicación que era otra expresión más de la marginalidad legal y social de las trabajadoras de este régimen. De esta manera habría de esperar al citado RD 1251/2001, de 16 de noviembre en cuyo ámbito de aplicación se incluye a todos los regímenes de la seguridad social sin distinción, y, por consiguiente, se puede hablar de equiparación al resto de los regímenes con las particularidades mencionadas.

Actualmente, en referencia a la maternidad y al riesgo durante el embarazo no existe mayor diferencia con el régimen general. Empero, hay una grave diferenciación en cuanto a la exigencia de la

---

pensiones de carácter privado. Igualmente, se considera que el sexo no sea factor de cálculo de primas y prestaciones a efectos de seguros y servicios financieros afines no dé lugar a diferencias en las primas y prestaciones de las personas consideradas individualmente. A este fin, los Estados podrán adoptar medidas de acción positiva que se consideren convenientes.

obligación de cotizar a cargo de la trabajadora durante esta situación, cuando no sea esta actividad desarrollada de forma exclusiva. Al mismo tiempo que se establece la exigencia a las empleadas de hogar de hallarse al corriente del pago de las cuotas a la seguridad social.

En suma, las empleadas de hogar tienen una posición de inferioridad en el sistema de la seguridad social debido a la persistencia de la consideración tradicional del trabajo doméstico infravalorado por una sociedad, que lo ha visto como algo natural en las mujeres y no le ha dado significado alguno, salvo convertirlo en una obligación para las mujeres a lo largo de la historia.

5.1.3.2. Estudio de la posición de las mujeres en el Régimen especial de agraria

Por otro lado, el RÉGIMEN ESPECIAL DE AGRARIA integra a las mujeres de zonas rurales que son marginadas, y calificado como secundario su trabajo. Además, su situación se ve empeorada por vivir en zonas rurales en las cuales el acceso a la formación cualificada se ve limitada. De la misma manera, que su trabajo es frecuentemente desarrollado en ausencia de control legal y aseguramiento, que a pesar de la dogmática estatal sobre la integración de las mujeres en la actividad agrícola por derecho propio, no ha tenido el efecto deseado, ya que faltan resultados claros para proteger a las mujeres de las zonas rurales y favorecer su integración en el sistema de seguridad social. Son pobres los resultados de las medidas adoptadas para fomentar que sean las mujeres las que figuren como titulares de las explotaciones agroganaderas, instrumentalizadas para hacer frente a los altos índices de clandestinidad en el trabajo agrario desarrollado por estas mujeres en este entorno.

El Decreto 3772/1972, de 23 de diciembre por el que se aprobó el reglamento general de este régimen, consideró que para la incorporación en el mismo, el trabajador/a por cuenta propia de agraria debía de acreditar que se trataba de una actividad fundamental, ejercida de forma habitual, y que de ella se obtenían los principales ingresos de vida.

Con el constitucionalismo social, esta regulación de filtro al campo de aplicación de este régimen producía una vulneración del derecho constitucional a trabajar a tenor del artículo 35CE, así como la conculcación de la igualdad en el matrimonio que recoge el artículo 32 CE, puesto que se exigía que esos

ingresos fuesen suficientes para atender a sus necesidades y las de la unidad familiar, y siempre que sus familiares hasta el tercer grado no fuesen titulares de establecimientos mercantiles o industriales. Con lo cual se posicionaba a las mujeres de este régimen de agraria en la exclusión del sistema de la seguridad social, porque tenían que demostrar que sus ingresos eran fundamentales para la subsistencia de la familia, exigencia que no se cumplía de acuerdo a la realidad social del campo, que muestra los inferiores rendimientos económicos percibidos por las mujeres. Por consiguiente, las mujeres quedarían situadas al margen del sistema de seguridad social sin poder incorporarse a este régimen.

En un intento de transformar esta tradicional situación de marginalidad se modifica relativamente estas condiciones en orden al RDL 2/2003, de 25 de abril de medidas de reforma económica. Esta norma elimina la exigencia de dependencia económica del cabeza de familia - normalmente varón - que debía ser titular de la explotación[554]. Pero mantiene que en el caso de tratarse de trabajadores/as cónyuge o familiares hasta el tercer grado del titular de la explotación familiar se presumirá que sus ingresos son el medio fundamental para atender a sus necesidades, y a las de la unidad familiar. Esta medida es introducida con la pretensión de facilitar la incorporación de las mujeres al régimen, a la par que legalizar su trabajo.

De ese modo, en la actualidad, este régimen está siendo objeto de modificaciones destinadas a la igualación con el régimen de trabajadores/as autónomos a través de la última reforma legal citada. Así, se les incrementa las bases y tipos de cotización, e igualándose a las previstas para los trabajadores/as autónomos, si bien, hasta el 2018 no gozará de plena aplicabilidad. El inconveniente se plantea con el endurecimiento de las obligaciones de cotización que serán más difíciles de sobrellevar para el colectivo de las mujeres de agraria que desarrollan esta actividad mayoritariamente de forma marginal, y socialmente concebida de forma circunstancial. El problema se plantea cuando este carácter secundario,

[554] Sobre esta materia, la STSJ de la Rioja, de 13 de septiembre de 1991 (AR.4940) señala que: "*Exigiría una doble actuación probatoria por parte del demandante, una encaminada a acreditar su dedicación a la actividad agrícola en toda la amplitud de su trascendencia económica (...); y otra a que el rendimiento de su actividad agrícola era superior al del establecimiento comercial explotado por su esposa, que pusiera de manifiesto de forma clara y terminante que, por virtud de la comparación entre los ingresos y otros, pudiera determinarse que constituían su principal medio de vida, con lo que la presunción legal, que admitía prueba en contrario, hubiera quedado desnaturalizada y destruida*", 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,* Madrid, La Ley – Actualidad, Colección de relaciones laborales, 1999, pág.236.

también es advertido de tal manera en el marco legal, creando a tales efectos un contexto normativo proclive a esta consideración. Por lo tanto, sobre esta reforma se puede hablar de los claros y de las sombras en la igualdad fáctica de las mujeres que realizan labores agrarias.

En esta medida, a pesar de los esfuerzos de la UE por lograr una igualdad profesional de las mujeres y de los hombres de agraria, quedan lejos de alcanzarse los resultados esperados en el espíritu que está presente en la normativa comunitaria sobre esta materia. Ciertamente, la Comunidad ha constituido cuantiosas ayudas en relación directa a este sector, sin embargo, las ayudas se otorgan a los titulares de las explotaciones. Las mujeres se ven limitadas en el acceso a las mismas al estar excluidas del sistema de la seguridad social, o ser subsidiaria su actividad que se ve amparada en la economía sumergida, pues son los varones quienes de ordinario figuran como titulares de las explotaciones. De ahí, la falta de rentabilidad para los derechos de las mujeres de los programas europeos, tales como el F.E.O.G.A. -Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola-[555].

La UE a estos efectos contempla un dato positivo, en cuanto a que espera con estas ayudas que los agricultores/as retomen o mejoren explotaciones agrícolas, y se prevé que al menos el 6% de los beneficiarios/as sean mujeres. En la misma línea se puede hablar del IFOP -Instrumento de Financiero de Orientación de la Pesca-[556]. De esta forma, se manifiesta la importancia de concretarse este tipo de ayudas al desarrollo rural donde las mujeres sean los principales artífices de este proceso de renovación del sector. Por ello, se reclama mayor formación de las mujeres, fomento a la creación de empresas marcado por la idea de que las mujeres se puedan constituir en su propio empresario/a, e incentivando a las mujeres al desarrollo de actividades en el sector del turismo rural, fabricación y venta de productos tradicionales.

En esta medida, estos trabajos podrían permitir a las mujeres incorporarse al mercado laboral de forma lícita y continuar en su propio medio. La UE se ha mostrado proclive a adquirir el compromiso de

[555] Reglamento que regula el FEOGA, (CE núm. 1257/1999, de 17 de mayo de 1999), considera a la igualdad de oportunidades entre las mujeres y hombres como un objetivo prioritario y horizontal. Entre las Iniciativas Comunitarias (2000-2006) cabe destacar: INTERREG III, EQUAL; URBAN II y LEADER PLUS.
[556] Reglamento que regula IFOP (CE núm. 1263, de 21 de junio de 1999), señala que las actuaciones financiadas por este Fondo deben contribuir a mejorar la igualdad entre las mujeres y los hombres.

mejorar las condiciones sanitarias de la pesca costera artesanal, e igualmente, crear viveros o semilleros de empresas en aras del desarrollo sostenible, y redes de servicios públicos que permitan la calidad de vida de las mujeres de estos sectores.

De este mismo modo, se considera, por parte de la UE, que se hace necesario el incremento de la participación de las mujeres en los órganos oficiales de estas actividades del sector primario; de hecho se propone la creación de Comités de seguimiento al objeto de que las mujeres puedan participar de forma equilibrada en la gestión de los propios fondos estructurales previstos a tales fines.

El "*Informe comunitario en relación a la ejecución de estos Fondos Estructurales durante el 2002"* hace una crítica a la situación generalizada de la Unión y del uso que de estos fondos sociales se ha efectuado por parte de los Estados miembros[557]. Así, solamente Dinamarca y Suecia obtienen una nota alta en la creación y funcionamiento de estos Comités, que, por otra parte, son inexistentes en España.

Este informe sirve para recordar que la solución a este colectivo se encuentra en una política transversal, que abarque, principalmente, el orden económico y el marco social, así como atención al área de medio ambiente. El fin es que desde esta postura con acciones positivas que incluyen formación, autoempleo, y asesoramiento sociolaboral se pueda lograr la integración de las mujeres del mundo rural en el marco de los derechos sociales adquiridos, como derechos propios.

Por ello, la importancia de las campañas de sensibilización a favor de los derechos de las mujeres a trabajar en un sector, que históricamente les ha discriminado y marginado del sistema de la seguridad social, y en el que se había desplegado una acción protectora paternalista a favor de su dependencia del titular de la explotación, que habitualmente es varón, aunque siempre se ha constatado que las mujeres han trabajado tanto como los hombres, pero en todo caso sin derecho a incorporarse al sistema social, y al margen del control institucional.

---

557 "*XIV Informe de la Comisión de las Comunidades Europeas, sobre la ejecución de Fondos Estructurales durante 2002"*, Bruselas 23/10/2003. Asimismo, "*XV Informe anual sobre la ejecución de los Fondos Estructurales durante 2003*", Comisión de la Comunidades Europeas, Bruselas 28/10/2004, *COM (2004).* www.europa.eu.int

Con relación a la situación de discriminación de las mujeres en el sistema de la seguridad social en este régimen, el TC no siempre ha sido receptivo a la situación de desventaja de las mujeres. De tal manera, que ha considerado que estas diferencias entre los distintos regímenes no son expresión de la conculcación del principio de igualdad de sexos, puesto que no es posible aplicar el término de comparación, en cuanto a que los regímenes son diferentes y tienen distinta regulación, diferencia de ámbito, contexto y ordenación jurídica diversa[558]. Pero, paradójicamente, no ha sido justificación suficiente para que los autónomos no vean asimilado su tratamiento de protección social al de los trabajadores/as por cuenta ajena, por lo cual, en este caso parece que el poder económico que representa este régimen, sí ha sido acicate a que se aplique el principio de igualdad entre regímenes.

5.2. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES Y LAS MEDIDAS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

5.2.1. Implantación de un sistema de protección de la maternidad en relación con la conciliación de la vida familiar y laboral

La protección social establecida teniendo como titulares a las mujeres permite distinguir dos direcciones, por un lado, aquella protección que se dispensa a las mujeres por el hecho físico de parir, y por otro lado, las medidas de protección que se establecen dentro del objetivo de la conciliación de la vida laboral y personal. No obstante, como vemos en este apartado esta diferenciación es producto de la evolución del tratamiento jurídico dispensado al hecho de ejercer la maternidad por parte de las mujeres, y al desempeño de las responsabilidades familiares tanto por los padres como por las madres[559].

---

[558] Véase, la línea jurisprudencial seguida por el TC en las siguientes resoluciones: STC 103/1984, STC 173/1988, STC 184/1993.

[559] En nuestro trabajo hemos elegido los términos padre y madre, porque nos permite de mejor forma hacer el análisis de la posición de las mujeres, como personas y como madres, en el sistema constitucional de la seguridad social, ya que el objeto de esta tesis es la discriminación de las mujeres con respecto de los hombres por razón de su sexo. Sin embargo, no podemos dejar de aludir a la Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005, por la que por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Esta norma incorpora modificaciones en materia del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la reforma de los artículos 44 y 108 del Código Civil, también recoge la reforma del artículo 154 párrafo primero, artículo 160 párrafo primero, artículo 164 párrafo segundo, artículo 175 párrafo cuarto, y el artículo 178 párrafo segundo. Siendo destacable para nuestro trabajo la utilización de los términos progenitor y progenitora en vez de padre y madre, puesto que, de este

Las preocupaciones por la protección de las mujeres en estado de gestación, y por la necesidad que tiene el recién nacido/a de cuidados intensivos han sido anunciadas previamente en el marco supranacional con una serie de instrumentos de protección a la madre y al ejercicio de la maternidad. En esta línea, se ha planteado como fin la exigencia de proteger a las mujeres haciendo compatible su maternidad y el desarrollo de su carrera profesional, sin que el binomio maternidad-empleo se convierta en motivo de exclusión o perjuicio para los derechos de las mujeres.

Las primeras normas sobre este tema tienen el pabellón de la OIT[560]. Se considera que la protección económica y laboral de la maternidad debe ir dirigida a garantizar que las mujeres la ejerzan de manera libre, pero con la necesidad de socializar una protección que requiere medios y recursos económicos y sanitarios. Así como la exigencia de su formulación en el sistema de seguridad social bajo el parámetro de la conciliación de la vida personal y laboral de las trabajadoras. De esta manera, recientemente el Convenio 183, de 15 de junio de 2000, -que España aún no ha ratificado- y la Recomendación de 15 de junio de 2000, sobre la protección de la maternidad, afrontan una nueva conceptualización de la protección de la maternidad que se vincula a la búsqueda de la mayor responsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos/as[561].

---

modo se pone fin a la discriminación que suponía la negativa a las parejas del mismo sexo con respecto a la adopción de hijos e hijas. Asimismo, en cumplimiento a esta modificación el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social, procede en materia de prestaciones familiares a la adaptación terminológica que contienen referencias explícitas al sexo de los padres, utilizando las expresiones progenitores y adoptantes.

[560] Convenio núm. 103 de 1919, revisado en 28 de junio de 1952, en un intento de concienciar a los distintos países de la necesidad de establecer un descanso para la madre tras el parto y el derecho a percibir una prestación suficiente con cargo a los fondos del Estado, con el objeto de hacer frente al incremento de gastos que conlleva el nacimiento de un hijo/a, y a la vez no ver sus ingresos afectados por no poder trabajar. Es interesante esta regulación por ser fechada a mediados del siglo pasado, pero que en numerosos documentos legislativos se está incorporando en la actualidad, o bien permanece como un espectro. España ratifica este Convenio el 26 de mayo de 1965 -BOE 31/08/1966-. Descanso por maternidad que la Recomendación núm. 95 completa en su contenido y procedimiento.

[561] Pero, hay dos cuestiones que este Convenio anuncia que son interesantes por ser un paso adelante en la mejora de la protección de esta situación. Una, en cuanto a la concreción como obligatorio del descanso para la madre de 6 semanas tras el parto, y otra es, esencial a mi entender, por cuanto considera que la protección por maternidad debe ser otorgada con independencia de aseguramiento previos, bien sea vía contributiva, bien sea vía asistencial o no contributiva.

En España, el devenir histórico de la garantía jurídica de la capacidad de ser madre permite distinguir tres etapas, si bien, con carácter previo, se debe de señalar que esta protección no siempre se ha realizado con criterios neutros, y así, las iniciales medidas proteccionistas tuvieron efectos negativos en la inserción y permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo. Además, no se puede obviar que estas medidas respondieron a la mentalidad de la época en la que son formuladas, mostrándose contrarias al trabajo asalariado de las mujeres a la par que pretendían tener un efecto positivo en la política de incremento de la natalidad.

En efecto, en esta *primera fase* se protegía a través de incipientes seguros sociales a las mujeres con un notorio determinismo biológico, eso es, en razón del estereotipo social asignado con relación a la maternidad que consideraba a las mujeres como seres nacidos para tener hijos/as. Durante este período la protección de la maternidad tenía como objeto obstaculizar que las mujeres al ser madres continuasen trabajando, considerando que los hijos/as, que eran "asunto de las madres", reclamaban toda su atención y por lo tanto, el abandono de las mujeres del mercado de trabajo. Al propio tiempo, se suponía que la materia económica se solventaba con la concesión a los trabajadores de ayudas, subsidios y pluses familiares.

En estos términos, se instituía una protección de la maternidad análoga a la establecida para la incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común, puesto que se consideraba a la maternidad como una enfermedad, a tenor del Decreto de 23 de diciembre de 1966, por el que se aprueba el reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del régimen general de la seguridad social y condiciones para el derecho a las mismas.

Además, la OM 13 de octubre de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la prestación de incapacidad laboral temporal en el régimen general de la seguridad social, en su artículo 3.1.b) procedía a un endurecimiento de los requisitos exigidos a las mujeres para acceder a la protección derivada del ejercicio de la maternidad. Es decir, se les requería que acreditasen 9 meses de afiliación al sistema antes de dar a luz -en situación de incapacidad laboral transitoria por enfermedad común se exigía seis meses de afiliación al sistema de seguridad social-, y que hubiesen cumplido durante el año inmediatamente anterior a dicho momento, un período de carencia mínimo de ciento

ochenta días. No obstante, esta diferencia es eliminada en la LGSS de 1974, y vuelve a equipararse a los requisitos exigidos para acceder a la protección por incapacidad temporal con origen en enfermedad común.

Por su parte, la *segunda fase* de protección dispensada a esta situación se inicia con la vigencia del texto constitucional en orden al artículo 39, que recoge la protección que el Estado social reconoce a la familia. De esta manera, con este reconocimiento constitucional de la necesidad de proteger a la familia por parte de los poderes públicos, se extiende su responsabilidad de proteger a las madres. En este sentido, el TC ha señalado en la sentencia 109/1993, de 25 de marzo (FJ 4), que "*La maternidad y, por tanto, el embarazo y el parto, son una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE y, por tanto, las ventajas o excepciones que determinen para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre*"[562].

En esta etapa se busca establecer una protección jurídica evitando que las medidas se conviertan en barreras al trabajo de las mujeres que son madres. Sin embargo, no siempre se consiguió, y estas medidas se tradujeron en consecuencias graves para los derechos sociales de las mujeres, pues tenían un efecto "boomerang" con resultados contrarios a los objetivos buscados. Como explicación a estos efectos se ha señalado que eran medidas cuyo coste recaía en el empresario/a. De ese modo, estos gastos sociales eran para los empresarios/as explícita causa para que persistiese en la cultura empresarial, la idea contraria al trabajo productivo de las mujeres que son madres, y fueron determinantes para que estas mujeres fuesen objetos de discriminación social en razón de su capacidad de procrear. A la par que estaban dirigidas únicamente a mantener el rol reproductor de las mujeres, perdurando su condición de responsables del cuidado de la familia

El Estatuto de los trabajadores, 14 de marzo de 1980 modificado por la Ley 3/1989, de 3 de marzo constituye un avance relativo, en cuanto a que algunas de sus previsiones se formularon con efectos contrarios a los derechos laborales de las mujeres, en orden a que los derechos que se les concedían a

562 www.tribunalconstitucional.es

las mujeres repercutían económicamente en el empresario/a, y éstos respondieron con una actitud reticente a la contratación femenina[563].

Dicho de otro modo, la protección a la maternidad conllevó una manifestación de discriminación al trabajo de las mujeres al no existir realmente una socialización del problema, ahondando en la desconfianza de los empresarios/as en la contratación de las mujeres, a la vez que la regulación constitucionalizada no fue capaz de romper con los históricos roles sexuales. De ahí, como se ha indicado, las mujeres que quisieron optar por su vida profesional debieron responder reclamando un puesto en el mercado de trabajo, dando como resultado, bien, el retraso de la edad de las mujeres para ejercer su capacidad de ser madres, o bien, la decisión de no tener o tener un menor número de hijos/as para de esta forma poder permanecer en el empleo acomodándose a los intereses de la empresa.

No obstante, se produce un avance con la Ley 42/1994, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y de orden social[564]. Es decir, con esta norma se incorporó la maternidad como capítulo aparte, y contempla una diferente regulación que había servido para afrontar la protección social de esta situación, no sólo mejorándola, sino distinguiéndola de la protección disciplinada para la enfermedad común que determinaba la incapacidad laboral transitoria[565].

---

[563] Amplía el permiso por maternidad hasta de 16 semanas, y se consolida el permiso obligatorio tras el parto de seis semanas, con el posible disfrute por cesión de la madre a favor del padre de hasta cuatro semanas. En cuanto a la excedencia por cuidado de un hijo/a menor de tres años, sí se preveía que podía ser solicitada por ambos progenitores, se la califica de forma independiente de otros tipos de excedencia, empero, se la posiciona a medio camino entre la excedencia forzosa, y la voluntaria en tanto el primer año hay reserva del puesto de trabajo, pero los otros dos años hay una mera preferencia para reincorporarse mediatizada por la existencia de vacante, o a puesto de similar categoría. Aunque los tres computan a efectos de antigüedad, y, equiparando los supuestos de nacimiento, adopción o acogimiento.

[564] Se elimina la equiparación entre enfermedad y maternidad a través de la citada STJE de 8 de noviembre de 1990, Caso 177/1988, *Dekker*. En este caso, la empresa que se negaba a contratar a una mujer embarazada, porque el régimen del seguro de enfermedad, que había concertado no concedía prestaciones económicas a las trabajadoras que se dieran de alta en situación embarazo. Al mismo tiempo, la situación financiera del centro imposibilitaba el pago de tal prestación y el pago de un sustituto/a tan sólo si se admitía la concurrencia de discriminación indirecta resultaba posible justificar la conducta de la empresa.

[565] SSTJ de Madrid de 9 abril de 1990, (AR. 1644), y de 20 de septiembre de 1994, (AR. 3623); Baleares de 24 de abril de 1990, (AR. 2578); de 7 septiembre de 1993, (AR. 3878) y 26 de abril de 1994, (AR. 1356); Cataluña de 7 de noviembre de 1993 (AR. 4897) y 3 de marzo, 21 de abril y 16 de mayo de 1994, (AR. 1239, 1472, y 2073); Asturias de 29 de noviembre de 1993, (AR. 4716); Andalucía /Málaga de 13 de enero y 18 de abril de 1994, (AR. 301 y 1675); Canarias / Las Palmas de 4 de febrero de 1994, (AR. 723).

En esta etapa se hace palpable que los cambios que se producen por la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo van a ser asumidos por las propias trabajadoras, manteniéndose una subordinación del mundo profesional de las mujeres a las exigencias familiares, por lo que el uso del tiempo adquiere significados y contenidos diferenciales y asimétricos, jerarquizados según el sexo. Los valores tradicionales se imponen y las mujeres ceden en sus deseos profesionales. El conflicto entre vida familiar y vida laboral tiene una importancia para la garantía de los derechos sociales de las mujeres que no se ve resuelto por la persistencia de la tensión entre el ámbito familiar y doméstico y el trabajo en el ámbito laboral.

Para enfrentarse a los efectos negativos de una errónea perspectiva reguladora de la maternidad se inicia una *tercera etapa* de protección, que trata de hacer frente a datos que señalan que las mujeres tienen mayores tasas de desempleo, especialmente, cuando son madres. Así como el registro de un menor número de hijos/as, o el aumento de la edad de tener el primer hijo/a por parte de las mujeres; datos que reflejaban las dificultades que debían de afrontar las mujeres para lograr conciliar el ejercicio de la maternidad y el desarrollo de su carrera profesional.

No obstante, ya existía una voluntad normativa europea de exigir a los Estados miembros medidas no sólo para proteger a las mujeres en el período de embarazo y parto, sino también para garantizar la conciliación de la vida laboral y familiar de hombres y mujeres. Esto es, la Directiva 92/85/CEE, de 19 de octubre, -salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o durante el período de lactancia, transpuesta a la legislación española en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/95, de 8 de noviembre-, y la también indicada Directiva 96/34/CE, del Consejo de 3 de junio, -reguladora del permiso parental con el intento de conciliar la vida familiar y profesional y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres-, su transposición se efectúa en la citada Ley 39/99, de 5 de noviembre, para promover la ordenación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (LCVFL)[566].

[566] Acoge el Acuerdo Marco sobre permisos parentales suscrito por los agentes sociales europeos en 1995, haciendo suyo el punto octavo de su cláusula segunda conforme a la cual todas las cuestiones de seguridad social, ligadas al presente acuerdo deberán ser examinadas y determinadas por los Estados miembros conforme a la legislación nacional, teniendo en cuenta la importancia de la continuidad de los derechos a las prestaciones de seguridad social para los diferentes riesgos, en particular, los cuidados de la salud. En segundo término, y en tanto,

En España, esta nueva andadura con relación a la protección del ejercicio de la maternidad ha tenido como objetivo buscar instrumentos globales de protección, que con un carácter integral permitan a las mujeres poder compaginar ambas facetas de su vida sin renunciar a ninguna de ellas, y sin que tengan por ello que claudicar ante la búsqueda de su calidad de vida.

De acuerdo a la normativa comunitaria señalada en el capítulo tercero, el pórtico constitucional –artículo 1.1, 9.2, 14, 39 y 41- para esta nueva regulación se constituye en el fundamento a la actuación de los poderes públicos y privados para implementar una regulación que emplace la existencia de un conjunto de medidas, que modifiquen las diferencias estructurales con las que se enfrentan las mujeres en el intento de armonizar su vida personal y profesional. Este tamiz jurídico se cierra con las obligaciones internacionales que definen la responsabilidad del Estado social español - artículo 10.2 CE y artículo 96 CE-.

La transposición de la normativa comunitaria se produce con la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral 39/99, de 5 noviembre, que tiene el objetivo de promover la coparticipación de los varones en el cuidado de los hijos/as. Así, las mujeres puedan ejercer su derecho a trabajar sin que el hecho de ser madres les menoscabe ningún derecho social constitucionalizado, y por ello, pudiendo disfrutar de su trabajo y de su familia sin ver su tiempo y responsabilidades sobrecargados en detrimento de su salud y bienestar. Dicho de otro modo, la LCVFL nació con la pretensión de incentivar la responsabilidad del hombre en las cargas familiares y tareas domésticas, y se fomenta que sea el padre, quien de igual forma haga uso de los derechos que se han regulado para el cuidado de descendientes y

---

la materia queda integrada en una norma comunitaria será plenamente aplicable, la doctrina elaborada por el TJE, conforme a la cual, cualquier duda de interpretación de las normas nacionales habrá de ser interpretada como mejor coadyuve a alcanzar el cumplimiento de los fines pretendidos por las Directivas comunitarias. En este mismo sentido, la Comisión en el "*Informe sobre la aplicabilidad de la Directiva 96/34/CEE de 3 de junio*, *-Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES*-, de 19 de junio de 2003, considera que España ha cumplido con la Directiva 96/34. Revela que determinados países como Reino Unido, Irlanda y Luxemburgo han precisado de modificaciones en su aplicabilidad temporal, y que en el caso del último país mencionado se está incumpliendo, en cuanto a que se prevé que si durante el permiso parental se produce un nuevo embarazo, éste finaliza dando paso al permiso por maternidad o adopción. Mientras que se menciona la modificación que ha tenido que realizar Grecia para no existir límites en su extensión a todas las personas trabajadoras.

restantes familiares. Esta norma nace con el fin social de incorporar medidas que permitiesen a las mujeres de forma más fácil la conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales.

Asimismo, se señala que estas medidas deben ser formuladas para ser ejercidas, tanto por los hombres como por las mujeres, puesto que en el caso contrario se vincularía el uso de estas medidas, fundamentalmente, a las mujeres. Es decir, de otro modo, se desembocaría a que las mujeres sigan desempeñando el "rol prevalente de asunción de grueso de responsabilidades familiares, particularmente en situaciones de dedicación más intensa: cuidado de menores con minusvalías, de personas ancianas, de familiares que han sufrido una accidente o enfermedad, etc.; situación que a la postre puede fomentar el mantenimiento de una situación de mera incorporación parcial y en cierto modo precaria de la mujer a la actividad profesional asalariada"[567].

Por su parte, la Memoria justificativa que acompañaba al anteproyecto de LCVFL describía como fines "*guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin afectar negativamente a las posibilidades de empleo, condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad por las mujeres, y al mismo tiempo, facilitar que los hombres puedan ser partícipes del cuidado de sus hijos*"[568].

La confección que de la protección jurídica se está realizando con referencia a la capacidad de ejercer la maternidad permite un estudio que refleja la formulación de dos líneas. Esto es, por un lado, se desarrolla una protección de la salud de las mujeres, del feto y posteriormente del recién nacido/a; en este sentido, desde la perspectiva del sistema de seguridad social se situaría la protección disciplinada a favor de la situación de necesidad que se produce durante el embarazo, por cuanto el trabajo habitual

[567] RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras, Op.cit.,* pág. 44.
[568] El Consejo Económico y Social considera que: "*Para contribuir a favorecer la maternidad y apoyar a la familia existen una serie de prestaciones, dentro y fuera del sistema de la seguridad social. En el sistema de protección social, las prestaciones de maternidad y de ayuda a la familiar por hijo menor o minusválido a cargo, son las que menor gasto produce al sistema de seguridad social, a pesar de que en los últimos años la cobertura en la prestación por maternidad ha mejorado. El porcentaje presupuestario que se les dedica - 1,7% - es muy inferior al de la media europea - 6,6%-, y la tendencia en su evolución es a disminuir. Basta decir que, concretamente, en el proyecto de Presupuesto de Gastos de la Seguridad Social para 1998, sólo un -1,0%- se destina a la prestación por maternidad, y un -1,5% - para las prestaciones familiares por hijo a cargo*", La Memoria del Consejo Económico y Social, "*Sobre la situación económica y laboral 1998*", pág. 9 y 567. www.ces.es

pudiera poner en peligro el propio estado de gestación, eso es, riesgo durante el embarazo. Asimismo, se incluye la protección en orden a la regulación del descanso por maternidad/parental tras el parto, así como la regulación de la lactancia hasta el cumplimiento de una determinada edad por parte del hijo/a, y siendo esta última medida prevista para ser disfrutada, tanto por el padre como por la madre.

Por otro lado, en el marco laboral se trataría de evitar que las mujeres por su capacidad para ser madres tuviesen que ceder en sus proyectos laborales desde el momento que deciden ejercitar tal capacidad. En consecuencia, se otorga defensa jurídica a los derechos sociales que pudieran verse afectados por el hecho de ser madres[569].

Los avances de esta norma si bien significativos, no son revolucionarios; con esta regulación se procede a incrementar y perfeccionar los derechos sociales ya existentes en normas anteriores, aunque sí plasma una mejora efectiva de los derechos de atención y cuidado de familiares. Asimismo, se debe de subrayar la atención especial que se realiza dando protección a las extinciones de contrato de trabajo cuando tienen su origen en la maternidad, directa o indirectamente. Incluyendo, la defensa de la relación laboral desde el momento del ejercicio de los derechos que se corresponden con motivo de la maternidad en orden a lo establecido por disposición legal y convencional, y siendo extensible tal protección al ejercicio de estos derechos independientemente del sexo de quien les ejercita.

Sin embargo, a esta norma le ha faltado una implicación efectiva en la protección de los derechos de las mujeres, olvido o intención de una política social, que le cuesta otorgar el pleno reconocimiento de la conciliación de las responsabilidades familiares para que sean asumidas de forma equilibrada entre los miembros que conforman la pareja, y, por las que no estaban reclamando ningún tipo de reconocimiento social y económico.

---

569 Las dificultades de ser madre y trabajadora como señala O'BRIEN, "*La maternidad ha sido una trampa amarga para las mujeres, pero en muchas sociedades incluyendo las patrilineales, las mujeres conseguían estatus cuando producían el heredero*" O'BRIEN, M., *The Politics of Reproduction, Routledge and Keagen Paul,* Boston, 1981, pág. 37.

Los datos evidencian que junto a las insuficiencias normativas se producen limitaciones en los recursos y servicios públicos que limitan la aplicación de esta norma[570]. El análisis de la norma refleja que las labores encaminadas a su inspección y vigilancia han resultado escasísimas, y de ese modo, los conflictos derivados de su incumplimiento se resuelven con frecuencia en el orden judicial, que no se ve favorecido por su ambiguo contenido, ni por las carencias relativas a su desarrollo reglamentario, porque ello da lugar a márgenes de interpretación muy amplios en relación con los derechos que regula, lo que desemboca en el problema de la interpretación judicial sobre su aplicación.

Además, se considera que la ley se dirige principalmente a las mujeres, lo que da lugar a efectos negativos para los derechos sociales de las mujeres, pues son objeto de discriminación en el mercado de trabajo. El ejercicio de estos derechos por parte de las mujeres es percibido por los empresarios/as como un coste. El resultado va a ser la realimentación constante de la exclusión y la discriminación laboral de la mujer.

Igualmente, no faltaron críticas a este texto normativo, ya que como afirma Vida Soria, "Esta ley no tiene cuerpo propio, tratándose, como se trata de una yuxtaposición de preceptos que modifican parcialmente leyes anteriores ya vigentes en las que se insertan (...) Desde el punto de vista elementalmente interpretativo, la lectura de esta ley no puede hacerse por sí misma (o por sí sola), sino una vez que se haya procedido a insertar cada una de sus piezas en su correspondiente texto legal troncal"[571].

Estas criticas son justificadas tras el estudio de los datos que se aportan sobre este tema, tanto en el apartado primero y segundo como en este mismo acápite. Es decir, un repaso sobre la eficacia de esta regulación de la conciliación de la vida familiar y laboral nos muestra que esta norma ha sido un elemento de relativo progreso, y aunque ha sido calificada como valida por los agentes sociales y económicos, se

570 Aportaciones efectuadas en el "*Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas"*, (Estudio realizado por GPI Consultores), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaria General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, 2005.
571 Para completar la información sobre esta norma, VIDA SORIA, J., "Reflexiones generales y finales sobre la Ley 39/99 para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", pág. 4. Citado por, VVAA., *Conciliación de la vida familiar y laboral,* Gobierno del Principado de Asturias, 2001, pág. 119.

ha considerado que es una norma inacabada que exige cambios; a tal fin se hace precisa una política global de protección de los derechos laborales y personales de las mujeres[572]. Una política integral para solucionar un problema multidimensional que requiere coordinación del conjunto de los ámbitos de actuación política estatal.

Un análisis de la norma y sus consecuencias revela que hay unas lagunas o deficiencias que deben ser abordadas: en primer lugar, con relación a los propios requisitos exigidos para acceder al derecho de descaso por maternidad, puesto que se desperdició la ocasión de separar de forma radical y diferenciada la situación de maternidad y la situación de incapacidad temporal derivada por enfermedad común; en cuanto a que la maternidad precisa de la socialización de su protección al menos en el período que la propia ley considera de carácter obligatorio para las madres. Así, se plantea la necesidad de afrontar un cambio en la exigibilidad de los requisitos de acceso a la prestación, porque no tiene sentido que se distinga con la incapacidad temporal como situaciones distintas con un tratamiento legal diferenciado, pero perviva la exigencia de la afiliación y carencia en los mismos términos, e incluso alejándose de las condiciones precisadas a otras contingencias como las profesionales o el accidente no laboral cuando desembocan en incapacidad temporal[573].

En segundo lugar, hay una necesidad de infraestructura pública adecuada para evitar que las cargas familiares recaigan únicamente en las mujeres, porque en la actualidad siguen siendo insuficientes

[572] De este modo, en el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre "*La Ley de Conciliación de la vida familiar y laboral*", los Consejeros de UGT y CCOO formulan una propuesta concreta a este respecto: "*Las problemáticas que se plantean en la práctica en torno a la conciliación de la vida laboral, no pueden resolverse de una manera eficaz si las políticas encaminadas a tal fin, no contemplan de una forma global e integral todos los aspectos en los que socialmente se han detectado determinadas carencias, y necesidades, que es preciso cubrir para facilitar una conciliación más real. Por ello, consideramos que el anteproyecto tendría que haber contemplado, o haberse acompañado del desarrollo de las siguientes medidas: facilitar una oferta suficiente de servicios asequibles, y de calidad de escuelas infantiles, y asistencias a otras personas dependientes del entorno familiar de las trabajadoras y trabajadores".*

[573] Con relación a los requisitos exigidos para ser titular del permiso de maternidad en la Republica Federal de Alemania desde 1979, las madres pueden beneficiarse de la protección social durante los seis meses siguientes al parto sin que sea necesario haber cotizado previamente. Además, estos requisitos se flexibilizan en Francia desde 1980, y se suprimen en Luxemburgo en 1983.

los servicios públicos destinados a facilitar la conciliación de las tareas familiares y laborales[574]. El trabajo que realizan las mujeres en el hogar no es reconocido ni por la sociedad, ni por el sistema de la seguridad social. Los abuelos y las abuelas están desempañando un papel que hasta hace apenas una década era poco relevante, papel que social y familiarmente es importante y esencial para la estructura familiar, pues tiene el fin de paliar la falta de recursos públicos existentes para que las mujeres y los hombres puedan compatibilizar su vida familiar y profesional. Esta situación ha puesto de relieve que se hace necesaria, también, una política integral de igualdad de mujeres y hombres, y de eliminación de los estereotipos tradicionales enfocándose a las mujeres de la tercera edad.

De esta manera, dar constancia del hecho que según las encuestas, muchas trabajadoras-madres buscan la proximidad espacial con sus madres para aliviar su carga de trabajo y poder atender a sus obligaciones profesionales. Así, se ha buscado vivir cerca de familiares con el objeto de suplir las carencias de infraestructuras, pero se está recurriendo, habitualmente, a otras mujeres que tampoco serán recompensadas por su actividad [575]. En este sentido, los datos facilitados por el Instituto de la Mujer señalan que tres madres trabajadoras de cada cuatro tienen un familiar próximo viviendo en la misma localidad, suponen el 77%. En el 56% de los casos es su propia madre, en el 44% el padre, mientras que el 43% tales labores de ayuda son ejercidas por la suegra, y un 37% de esa ayuda es facilitada por el suegro.

En suma, el incumplimiento por parte del Estado social de sus obligaciones ha exigido recurrir a la familia y, principalmente, a las madres de las trabajadoras. De ese modo, una de las soluciones sería crear y mejorar la infraestructura social para favorecer la ayuda en el cuidado de menores y personas dependientes con nuevos centros, incremento de plazas en los ya existentes, así como ayuda domiciliaria y subvenciones cuando se deba de recurrir al sector privado.

---

[574] Sobre este tema CAMPS, señala que a pesar de los logros alcanzados las políticas de bienestar no están cubriendo las necesidades crecientes y las derivadas de los nuevos modelos de familia. Siendo en España más acusada esta carencia, puesto que el gasto sanitario y educativo es el más bajo de la UE. Así, la asistencia social está minimamente atendida, al carecer de suficientes guarderías y residencias o servicios domiciliarios adecuados en número y calidad para ancianos y ancianas, CAMPS, VICTORIA, "La emancipación femenina y el Estado de Bienestar", *Revista Meridiam,* núm. 29, II Trimestre, 2003.

[575] SANZ, ESMERALDA, "Repaso a una ley", *Revista Trabajadora,* núm.14, IV Época, de diciembre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.

Estas medidas públicas irían encaminadas a la conciliación de la vida familiar y laboral de las mujeres, puesto que no se puede soslayar que se sigue considerando socialmente un problema que afecta mayoritariamente a las trabajadoras[576]. Eso es, de forma efectiva las mujeres son quienes asumen las responsabilidades familiares y el cuidado de las personas dependientes y, por tanto, quienes tienen mayores dificultades para equilibrar su presencia en el ámbito laboral y familiar. Este objetivo debe mantenerse si bien con el fin de hacer partícipe a los varones en las responsabilidades domésticas y familiares.

En este sentido, el *Informe de ESADE* manifiesta que 7.743.800 mujeres de las trabajadoras que hay en España, según la encuesta de población activa del cuarto trimestre de 2003, se enfrentan a la doble responsabilidad cada día de atender a los hijos e hijas, y al desempeño de sus obligaciones profesionales. De tal modo, que se aprecia que las mujeres se han incorporado al mercado de trabajo sin abandonar sus obligaciones domésticas. A saber, la asignación de roles de género que perviven se traducen en la asunción por parte de las mujeres de un *doble rol* y una *doble jornada*, situación que indudablemente va a dar lugar a consecuencias no deseadas sobre la productividad, el salario y la

[576] En el "*Informe sobre la política de conciliación de la vida laboral y familiar en las Comunidades Autónomas*" se señala que: "*Da la impresión de que la elaboración de los planes no está coordinada y se realiza de manera aislada por parte de los organismos correspondientes. En las medidas encuadradas en el ámbito laboral se utilizan dos tipos de intervención: la bonificación de las cuotas empresariales a la seguridad social y la subvención directa, siendo en este ámbito donde se pueden observar mayores contrastes entre unas Comunidades Autónomas y otras. Otro aspecto a destacar, únicamente regulado por una comunidad autónoma, (País Vasco) aunque muy significativo, es el establecimiento de un permiso de paternidad específico para los varones".*Igualmente, las Comunidades Autónomas son coprotagonistas y responsables del desarrollo de una política de conciliación en los ámbitos territoriales específicos de su competencia. Las medidas se formulan dentro de este marco autonómico centrándose en cuatro planes: de empleo, igualdad, apoyo a la familia, y de inclusión. Todas las comunidades tienen un plan de empleo aprobado y vigente en 2003, a excepción de Madrid. El siguiente tipo de plan más extendido es el de igualdad de oportunidades, existente en quince Comunidades Autónomas. Los planes de inclusión social están formulados en doce autonomías. Los planes de apoyo a la familia solamente están presentes en siete Comunidades Autónomas. Además, la aprobación de los planes de empleo está supeditada, generalmente, a un proceso previo de concertación entre los agentes sociales, esto no ocurre en el caso de los tres tipos de planes restantes. Paralelamente, se observa, en muchos casos, el solapamiento entre dos, e incluso más planes, en referencia a una misma actuación. Este informe resume algunos de los aspectos de un estudio, de próxima publicación, sobre la conciliación de la vida laboral y familiar en las Comunidades Autónomas, realizado por la Fundación 1º de Mayo, en colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, *"Informe sobre las políticas de conciliación en las Comunidades Autónomas*", *Revista Trabajadora*, núm.16, IV Época, de junio de 2005, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.

promoción profesional de la mujer, además de constituir una fuente constante de tensiones y problemas de salud.

Las mujeres ven como sus proyectos laborales quedan paralizados con la maternidad, circunstancia que obliga a las trabajadoras que son madres a optar entre su proyección profesional, o la atención a su familia, desanimando al resto de las mujeres a ejercer su capacidad de ser madres o aumentar el número de hijos/as, o bien, desincentivando a otras madres a pedir estos permisos o excedencias al ser sabedoras de los problemas a que se deben enfrentar que, incluso, puede pasar por el obligado abandono del mercado de trabajo.

Esta situación se ve agravada, porque las mujeres tienen un mayor grado dependencia que los hombres, en un porcentaje que apenas ha variado en una década, así, en 1996, las mujeres tenían un grado de dependencia del 50, 01% y en el 2004, el índice de dependencia es de 49,27%[577].

Año	Porcentaje de dependencia de las Mujeres
2000	49,57%
2001	49,42%
2002	49,19%
2003	49,30%
2004	49,27%

En palabras de SANDALIO GÓMEZ, "*La mujer que quiere dedicarse a fondo a su profesión sigue teniendo que hacer actos heroicos" (...)*[578].

El citado Informe señala que es necesario un cambio de la cultura de la empresa para que sean efectivas estas medidas de conciliación. De acuerdo con este estudio, esta dificultad de compatibilizar la vida familiar y profesional es coralaria a la reducción de la tasa de natalidad en España y a la menor tasa de actividad de las mujeres; el descenso de la primera ha ido en aumento de la segunda. Así, en 1986 el

[577] Fuente: Instituto de la Mujer, tras la última revisión del Padrón Municipal.
[578] Informe sobre "*La incorporación de la mujer al mercado laboral: implicaciones personales, familiares y profesionales",* ESADE, enero de 2004. Citado en *El País*, 29 de febrero de 2004.

empleo femenino no superaba el 35%, y el número de hijos/as por mujer en edad fértil estaba situado en 1,5%, mientras que en 2002 trabajan más del 50% de mujeres y la tasa de fertilidad está situada en 1,25 hijos/as. El 74% de las mujeres encuestadas opinaron que el hecho de ser madres afectó a su carrera profesional[579].

Las mayores dificultades se reconoce que se producen en el ámbito laboral, ya que se asegura que un 14,5% de españolas han tenido que interrumpir su actividad laboral durante más de un año, y un 11,5% reconoce que tener hijos o hijas limitó sus oportunidades de promoción laboral[580].

En tercer lugar, la realidad muestra que la eficacia de la norma está lejos de alcanzar los objetivos iniciales, y más cuando no se ha acompañado la aplicación de esta norma de acciones de sensibilización sobre este problema social, que permitiesen promover un cambio de la cultura y práctica empresarial sobre el uso de estos derechos por parte de ambos progenitores. Dicho de otra manera, ni en la empresa, ni en la sociedad existe una conciencia de que estas medidas, formuladas en una norma con una antigüedad de más de cinco años, son acciones ejercitables por trabajadores/as de ambos sexos.

Igualmente, tal y como se ha visto en el capítulo segundo, los últimos datos aportados por el Instituto de la Mujer en "Mujeres en cifras", sobre las diferencias en el uso del tiempo según el sexo, concluyen con que las mujeres trabajan más horas al día que los varones, 2 horas y 46 minutos diarios más en el año 2001; y que la presencia de unos y otras en el trabajo doméstico y asalariado sigue teniendo una distribución totalmente desigual. En el trabajo asalariado, la media diaria de tiempo trabajado es para los hombres de casi 3 horas y 30 minutos, mientras que para las mujeres no llega a las 2 horas. En el trabajo doméstico se invierten las cifras: ellos trabajan una media de 3 horas y 10 minutos y ellas lo hacen durante 7 horas y 22 minutos al día.

Un 40% de las mujeres entre 20 y 49 años afirmaban que una parte de sus actividades diarias incluían el cuidado de los niños/as, frente al 20% de los hombres, es decir, un 67% de las mujeres

[579] JULIANO, DOLORES, Excluidas y marginadas, Una aproximación antropológica, Madrid, Cátedra, 2004.
[580] Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), encuesta "Opiniones y Actitudes sobre la familiar", noviembre de 2004.

dedican más de cuarenta horas semanales al cuidado de hijos e hijas, mientras que los hombres solamente es el 17%. A este porcentaje se debería añadir un 6% de mujeres que dedican parte de su tiempo al cuidado de otros miembros de la familia que no son los niños/as.

Esta situación ensombrece la efectividad de LCVLF, porque aunque se conciben como medidas de facto para ambos sexos, lo cierto es que son medidas utilizadas principalmente por las trabajadoras. Esto es, las mujeres son las que mayoritariamente eligen, bien por trabajar a tiempo parcial, o bien, cambiar de trabajo para que se les permita continuar atendiendo a su vida familiar, o en su caso, optan por ralentizar su trayectoria profesional.

Por ello, se hace necesario un cambio en la mentalidad de los trabajadores y las trabajadoras, puesto que se debe de concienciar que estas medidas están previstas para ambos sexos[581]. De esta manera, se deberá dar cumplimiento a la disposición adicional cuarta de la LCVFL al exigir que: "El gobierno en el marco de sus competencias y de acuerdo con los agentes sociales, impulsará campañas de sensibilización pública al objeto de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares, y de manera especial se acojan en mayor medida, a las nuevas posibilidades que esta ley ofrece para compartir el permiso parental"[582]. De ese modo, la globalidad de las

[581] En esta línea, se debe de ahondar en la necesidad de un cambio que rompa con la idea de que el cuidado de la familia es asunto de las mujeres y que, por ello, se incrementará su absentismo laboral y menor productividad a la par que se debe de tratar impregnar a los trabajadores/as que estos derechos son ejercitables por ambos sexos, con lo cual evitará la idea de que contratar a mujeres es "costoso por si se quedan embarazadas". Así, de la apreciación de esta aportación como coste empresarial, MIÑAMBRES PUIG, C. "*El período de gestación viene considerándose con frecuencia como una verdadera carga, que al empresario psicológica y económicamente le cuesta asumir y, sobre todo, soportar, máxime cuando el período de embarazo presenta dificultades de salud y provoca el obligado absentismo de la trabajadora, lo que unido a las ventajas derivadas de su protección social y laboral como consecuencia del parto (descanso maternal, período de lactancia, reducción de jornada, excedencia, etc.) conduce con frecuencia al rechazo de su contratación en determinados sectores de la producción o, en su caso, a su eliminación transitoria o definitiva del mercado de trabajo",* MIÑAMBRES PUIG, C., *"La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*", *RMTAS,* núm. 19, 1999, pág. 68. Citado por, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, *Op.cit.*, pág. 38.

[582] La enmienda num.138 del grupo parlamentario popular y del catalán en el Congreso, de adición de una disposición adicional nueva a la Ley de conciliación de la vida laboral y familiar, -Boletín oficial de las Cortes Generales, VI Legislatura, de 29 de junio de 1999-, se refiere expresamente a la necesidad de impulsar campañas de sensibilización pública al objeto de que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares, comenzando, en la medida que el legislador vaya permitiendo, por el permiso de paternidad hoy sutilmente previsto.

medidas está determinada con el objeto de obtener la armonización de la vida laboral y familiar, eliminando los obstáculos que impiden a las mujeres su acceso o permanencia en el mercado de trabajo583.

Por lo demás, se pueden percibir una serie de carencias reguladoras de situaciones o mejora de las existentes que hacen que se invoque la necesidad de nuevos cambios sociales. De este modo, sin perjuicio de la posible colaboración de agentes sociales y económicos, la responsabilidad estatal vincula su desarrollo al mandato constitucional con obligación de tutelar los derechos sociales adoptando medidas en defensa de su efectividad, y con el objeto de intervenir para alcanzar el derecho fundamental de la igualdad de mujeres y hombres.

Es decir, a los poderes públicos les corresponde la obligación de otorgar la tutela efectiva a los derechos sociales de las mujeres, puesto que las obligaciones de satisfacción del Estado social involucran no sólo la concesión de prestaciones económicas, sino la adopción de medidas que incorporen procedimientos necesarios para la realización de los derechos sociales que pueden suponer la colaboración de terceros, pero siempre bajo la fiscalización pública.

Se trata de una disposición que si bien no hubiese sido necesaria, en tanto los poderes públicos a este respecto no necesitan de la habilitación del Parlamento, sirve de recordatorio al Gobierno para que efectivamente se lleven a cabo los oportunos programas de promoción de la conciliación. Citado por, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras, Op. cit.,* pág. 43.

583 *La guía de buenas prácticas, para conciliar la vida familiar y profesional: "Las dificultades que encuentran las mujeres, especialmente las madres, para encontrar un empleo retribuido y conservarlo, los estereotipos, profundamente enraizados de que el cuidado de la familia corresponde a las mujeres y las expectativas culturales que exigen que los hombres sean los proveedores principales, son aspectos que pueden empeorar esas desigualdades. La implicación de los hombres en la articulación entre la vida familiar y la profesional es un asunto esencial y al mismo tiempo difícil. Esencial, por cuanto existir el reparto equitativo de responsabilidades, y difícil, porque es necesario promover un cambio social y de mentalidad de cada mujer y hombre. (...) Asimismo, Finlandia se reconoce un permiso parental de 158 días, luego otro, que aunque escasamente retribuido lo puede disfrutar hasta que el menor alcance los tres años de edad. En Italia será de 40 o 44 semanas, el padre se ve bonificado por su participación en el disfrute, considerado como escasamente retribuido. En Austria se otorga 96 semanas, y se considera bien retribuido. En Dinamarca, la Ley sobre la igualdad de trato de hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo y permiso de maternidad proporciona a las mujeres, el derecho a un permiso en las 4 semanas previas al nacimiento, y un permiso obligatorio durante las dos semanas siguientes después de dar a luz. Todas las mujeres danesas tienen en total el derecho a 24 semanas de permiso de maternidad, de las que al menos 10 semanas pueden transferirse al padre".* INSTITUTO DE LA MUJER, *La guía de buenas prácticas, para conciliar la vida familiar y profesional,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2001.

En consonancia con lo anterior, el mencionado *Acuerdo de Consejo de Ministros* de 2005 da publicidad a la adopción de una serie de medidas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres, así, específicamente, se abordan medidas en aras de la conciliación de la vida familiar y laboral[584]. Esto es, se aprueba que, en el ámbito de las Administraciones públicas, previa negociación colectiva, se establezca la posibilidad de "optar" por la jornada a tiempo parcial con la correspondiente disminución retributiva por parte de aquellas personas trabajadoras que tengan a su cargo a personas mayores, hijos/as menores de 12 años o personas con discapacidad[585]. Asimismo, en el marco de la negociación sindical se habilita a las autoridades competentes para que autoricen con carácter personal y temporal la modificación del horario fijo de los empleados/as públicos, con mantenimiento íntegro y flexible de la jornada laboral que les corresponde[586].

De esta forma, los *Convenios Colectivos* pueden ser el camino por el cual se pueden perfeccionar los mínimos legales existentes en esta materia[587]. Los Convenios Colectivos han mantenido una línea general de adhesión a lo establecido por la norma, o bien, de omisión de cualquier tipo de referencia a esta materia, aunque no faltan mejoras a los permisos o licencias establecidas por el artículo 37 ET, siendo en esta materia donde se detectan mayores avances[588].

En el ámbito de la negociación colectiva se están acordando mejoras en los supuestos de parto por cesárea o en los supuestos de problemas del parto -Convenio Colectivo de la Industria Química, García Carrión, Zardoya, Limpiezas Torremolinos, Sarrió Papel, Mateu Cromo-. Igualmente, como adelanto de una necesaria reforma legal, los Convenios del Metal de la Región de Murcia y de Autopistas Aumar establecen un permiso de dos días en los casos de aborto. También, a través de la norma paccionada, se

584 BOE 08/03/2005.
585 Como hemos indicado en el capítulo segundo, la opción aparentemente voluntaria que ejercitan las mujeres no siempre es adoptada de forma libre, puesto que las mujeres se ven habitualmente presionadas social y familiarmente. Además, la sociedad continúa no percibiendo positivamente que sean los varones quienes ejercitan los derechos sociales derivados del cuidado de familiares.
586 Cfr. En este capítulo pág.447.
587 Cfr. Capítulo segundo del presente trabajo. En esta misma línea, el Convenio Colectivo para las empresas de mediación en seguros privados -BOE 16/03/99-; Convenio Colectivo de <Mobil Oil, S.A.>, -BOE 15/12/98-; Convenio Colectivo de Centros de Asistencia y Educación Infantil -BOE 22/08/03-.
588 En este apartado, sobre la negociación colectiva, hemos seguido el análisis efectuado por RODRÍGUEZ, ESCUDERO, RICARDO, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, págs. 700-750.

viene incorporando incrementos de las prestaciones de la seguridad social por la suspensión del contrato de trabajo motivada por riesgo durante el embarazo -Convenio Colectivo de empresas organizadoras del juego de bingo, empresas mayoristas de productos químicos industriales y de droguería, entidades de seguros y reaseguros e industria química-.

No faltan Convenios Colectivos que empeoran los permisos parentales establecidos por la norma reduciéndoles a cuatro semanas -Convenio Colectivo de empresas mayoristas de productos químicas, de pastas, papel y cartón, empresas de publicidad, y industrias de calzado, empresa Vario de Madrid, empresa Campo de Cádiz, y limpieza de edificios y locales de Valencia-. Por el contrario, en otros marcos convencionales se amplía en una semana el permiso de maternidad/paternidad -Convenio Colectivo de enseñanza privada de Cataluña, limpiezas de edificios y locales de Valencia, Campo de Almería, empaquetado de tomate de Las Palmas-. Además, el Convenio Colectivo de empresas de mediación de seguros puntualiza que la mejora por maternidad se reconocerá su concesión, incluso cuando la madre/padre no tenga derecho a prestaciones de la seguridad social.

De la misma forma, se viene reconociendo el derecho al permiso por lactancia de una hora completa a la entrada o salida del trabajo- Convenio Colectivo de la industria del curtido, minorista del droguerías, conservas y semiconservas, autoescuelas, peluquerías, seguros y reaseguros, residencias privadas, empresa Hunosa-. Asimismo, en un incremento de la acción protectora, por convenio es habitual la mejora de los permisos por cuidado de familiares -Convenio Colectivo de empresas organizadoras del Juego del Bingo, empresas ingenierías y estudios técnicos, enseñanza privada sin concertación, peluquerías-. Se incorporan mejoras como la previsión de permisos por enfermedad de familiares hasta tercer grado -Convenio Colectivo de estaciones de servicio-.

Al propio tiempo, que se reconocen mejoras en la posible reducción de jornadas por cuidado de menores de seis años, minusválidos o personas dependientes, -Convenio Colectivo de perfumería, empresa General Óptica, Altadis en cuanto a que recogen la posibilidad de reducir entre un cuarto y la mitad de la jornada, mientras que se amplía la edad del menor en el Convenio de Mediación de Seguros Privados, recolección de cítricos y manipulado de cítricos de Valencia, Telefónica Data España y Altadis-.

Igualmente, se reconoce la excedencia por cuidado de familiares durante un período máximo de tres años -Convenio Colectivo de comercio general de Valladolid-.

En suma, la constitucionalización de los Convenios Colectivos como normas reguladoras del orden social permite concebirlas como un instrumento para mejorar los derechos establecidos por la ley en materia de conciliación de la vida familiar y laboral. Si bien, se debe señalar que se están mostrando lentos en trasladar al marco de la negociación colectiva mejoras de la tutela que realiza la norma legal, y, sobre todo, no son suficiente fuente de información y formación para la clase trabajadora con relación a sus derechos en esta materia.

En consonancia con lo anterior y sin perjuicio de las deficiencias de la ordenación de la conciliación de la vida familiar y laboral, el *Informe de la Comisión Europea* da aprobación a la regulación que en España se ha realizado a este respecto. Aunque señala que todavía se detectan graves defectos, que deben ser subsanados para dar debido cumplimiento a la norma comunitaria[589]. También debemos de

[589] El Informe de la Comisión Europea, de 19 de junio de 2003 de la Comisión Europea, "*Sobre la aplicación de la Directiva 96/34/CEE, del Consejo de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por UNICE, el CEEP, y la CES*". De esta manera, se puede señalar que: I.- *Con respecto al ámbito*: se debe referir a que Bélgica y Grecia excluyen a jueces de la posibilidad de disponer del permiso parental, además, este último país excluye al sector marítimo. Mientras en Italia no se particulariza este permiso, no se incluyen a los trabajadores a domicilio, tampoco, a los empleados de hogar, sin embargo, los requisitos mínimos de la Directiva se consideran que están cubiertos por la normativa que regula el permiso por maternidad, que establece con carácter obligatorio permiso de cinco meses, dos antes del nacimiento y tres después del mismo. II.- *En referencia a la edad del niño/a para acceder a este permiso*: se puede advertir que se distingue cuando el disfrute es a tiempo completo o a tiempo parcial, así, Austria diferencia la edad de niño/a, el límite está en dos años cuando el permiso es disfrutado en bloque, al mismo tiempo que es de cuatro años cuando el permiso es disfrutado a tiempo parcial. En Bélgica, en el sector privado el límite es de cuatro años, y de ocho años cuando se trata de un discapacitado grave, e incrementándose a diez años en el sector público en régimen de no retribuido, y ocho años en los casos de adopción. En el caso de Suecia, se reconoce el límite en los dieciocho meses en el caso de permisos a tiempo completo, o siempre que exista el derecho a percibir prestaciones legales por permiso parental, hasta ocho años (o hasta la finalización del primer año escolar si éste tiene lugar después de que el niño/a haya cumplido ocho años), en los casos de permisos parentales a tiempo parcial. En Dinamarca, el límite es de los más altos fijado en ocho años. Permitiendo en Alemania, aunque el límite es de tres años, entre los doce y los treinta y seis meses que dura el permiso por parental que pueda posponerse hasta que el niño/a alcance los ocho años con el consentimiento del empresario. En Grecia se considera que el límite es de doce años, cuando el permiso es otorgado a los progenitores sin cónyuge o conviviente (viudo, viuda, o soltero), que posean una relación laboral sujeta al derecho privado. III.- *Con relación a la duración*: en Austria es de veintidós meses cuando es disfrutado a tiempo completo en bloque, cuarenta y seis semanas a tiempo parcial en bloque, mientras que en el sector público es de dos años en el disfrute a tiempo a completo, y cuatro años a tiempo parcial. En Dinamarca es de cincuenta y dos semanas cuando es

considerar que en el marco empresarial se han comenzado a la adoptar medidas para la conciliación de la vida familiar y profesional, con políticas de flexibilidad de horarios, medidas de apoyo o beneficios a tal objeto, así como servicios sociales para los familiares de los trabajadores y las trabajadoras.

No obstante, la realidad, como se ha señalado, indica que son mayoritariamente las madres-trabajadoras quienes hacen uso de estas medidas, y por ello, ven perjudicados sus objetivos profesionales en el momento en el que ejercitan estas acciones de conciliación, porque, aunque estos instrumentos están previstos en la teoría de la empresa y de la ley convencional, la realidad muestra que no se utilizan los mismos tan habitualmente como pudiera parecer, ya que se sabe que, habitualmente, significan el final de su carrera profesional dentro de la empresa.

La reforma para dar garantías al disfrute pleno y efectivo de los derechos por parte de las mujeres es una labor que no ha finalizado, y que continúa exigiendo medidas que hagan al hombre partícipe en las responsabilidades y cuidados que supone una familia. Es decir, que se produzca un reparto de las responsabilidades en el ámbito familiar, y se supere la clásica asignación de papeles diferentes según el sexo, y la eliminación de las diferencias en las tareas y responsabilidades adquiridas según sea padre o madre.

Por lo descrito, nos corresponde afirma que el siglo XXI se enfrenta a la consolidación de un cambio en la asignación de papeles sociales, así como a una modificación de las estructuras familiares

---

disfrutado a tiempo completo en un único bloque. En Finlandia es de ciento cincuenta y ocho días civiles tras el permiso por maternidad. En Francia es de tres años en el sector privado, es decir, doce meses renovables dos veces, y en el sector público de tres años divididos en períodos de seis meses renovables. Alemania es de tres años, y en Grecia de tres meses y medio, a tiempo completo o parcial, en Grecia para la función pública es de dos años. Irlanda catorce semanas a tiempo completo disfrutado en un sólo bloque, así en Luxemburgo, el permiso es de seis meses a tiempo completo, en un sólo bloque, y doce meses a tiempo parcial. En los Países Bajos, el permiso es de seis meses a tiempo parcial y trece semanas a tiempo completo. Al mismo tiempo, que en Portugal el permiso es de tres meses a tiempo completo, y seis meses a tiempo parcial. Suecia conceden dieciocho meses desde el nacimiento o desde la recepción de la custodia, o siempre que exista derecho a recibir subsidios legales por permisos parentales. IV.- *Por último, la individualidad, o transferibilidad de los derechos entre los padres y las madres*: en general si es un derecho individual, pero existen particularidades, así, Francia y Austria no lo pueden disfrutar simultáneamente ambos padres. En Grecia, únicamente, cuando es un permiso a tiempo completo. www.europa.eu.int

fruto de la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, que exige una modificación en la participación de los distintos miembros de la familia.

Como se señala en los siguientes apartados, es necesario tras este período de vigencia de la LCVFL continuar con reformas que permitan a las mujeres su vida laboral, pero haciendo compatible la misma con la maternidad. Además, de establecer medidas que permitan a los hombres, también, compatibilizar su vida laboral con su vida familiar al permitirles ejercer sus derechos y obligaciones como padres. De la misma forma, que una nueva normativa deberá prever el ejercicio de estos derechos sociales cuando ambos cónyuges sean del mismo sexo.

En síntesis, al Estado social le corresponde tutelar por mandato constitucional el ejercicio de los derechos sociales por parte del colectivo de trabajadores/as, por eso, la exigencia de una estructura y organización que permitan brindar medidas que la efectividad de dichos derechos exige. Además, a los poderes públicos les concierne la lucha contra el mito de la maternidad como única forma de realizarse las mujeres, a la par que se deben comprometer para exigir respeto a las decisiones de las mujeres sobre su desarrollo personal y profesional, donde el ejercicio o no de la capacidad de ser madre sea un acto reflexionado, y no impuesto por la sociedad con el conocido "reloj biológico".

5.2.2. La afirmación de los derechos sociales de las mujeres durante el embarazo: el riesgo durante el embarazo

Estrechamente relacionado con la defensa del derecho de trabajar de las mujeres se encuentra la necesidad de adoptar medidas, que garanticen la reserva del puesto de trabajo, cuando las mujeres embarazadas sufran algún tipo de riesgo por el desarrollo de su trabajo habitual[590]. En esta

[590] La protección a la salud de las mujeres embarazadas ha sido un objetivo en el marco supranacional, así, y sin ánimo exhaustivo: la Recomendación, núm.4 de 1919 - prohibición de realizar trabajos en contactos con zinc y plomo -; Convenio, núm. 3 de 1919 - empleo de las mujeres antes y después del paro: descanso de 12 semanas durante el embarazo, 6 de las cuales deberán disfrutarse tras el parto, permiso de lactancia de una hora fraccionada en dos mitades y derecho a disfrutarse tras el parto, permiso de lactancia de una hora fraccionada en dos mitades, y de derecho a reserva de puesto de trabajo durante ausencias derivadas de licencias por maternidad-; Recomendación, núm. 95 de 1952, - prohibición de trabajo nocturno y realización de horas extraordinarias, los trabajos de carga que exija esfuerzo físico excesivo o la utilización de ciertas maquinas, durante un período que se

consideración, la jurisdicción constitucional ha hecho extensible esta protección a todas las mujeres embarazadas, sea cual fuera su tipo de contrato, y sea cual fuese la duración de su relación laboral y el momento de la contratación, o bien, el motivo de aquélla, e incluso, el TC ha considerado que tal protección es aplicable cuando se produzca durante el referido período de prueba[591].

El objeto de esta situación es articular una serie de medidas vinculantes para los poderes públicos y empresariales en la adopción de medidas, que en el marco del artículo 26 de la LPRL se adopten en orden a la protección de la salud de la trabajadora en estado de gestación, garantizando la persistencia del empleo y la percepción de una prestación social económica durante esta situación en la que no puede la trabajadora realizar actividad laboral alguna. El fin es que con esta previsión su situación no se vea alterada por tal circunstancia en ninguno de sus conceptos, así como en sus condiciones laborales y económicas[592].

La LCVFL regula por primera vez la suspensión del contrato -artículo 45.1.d) ET-, que tiene su origen en la necesidad de garantizar la salud de la trabajadora y del feto, cuando no ha sido posible adoptar medidas, ni cambiar a la misma de puesto de trabajo por otro compatible con su embarazo y suponiendo su puesto de trabajo habitual un riesgo que afecta a su estado de gestación[593].

---

puede extender más allá de los tres meses posteriores al parto -; Convenio, núm. 103, de 1952 - protección de la maternidad -; Convenio, núm. 127 de 1967 - restricción en cuanto al transporte manual de la carga -; Recomendación, núm. 128 de 1967 - prohibición de realizar durante el embarazo y las diez semanas siguientes al parto transporte manual de carga, si según prescripción médica, es desaconsejable para la salud de la madre o del hijo - o Convenio, núm. 136 de 1971 - prohibición de trabajos en contacto con benceno -, PURCALLA BONILLA, M.A. Y RIVAS VALLEJO, M.P., "La protección de la maternidad en la relación laboral: seguridad y salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria", *AS*, 1998, Tomo V., pág. 811. Citado por, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras, Op.cit.,* pág. 273.

591 La STC 166/1988, de 26 de septiembre, resuelve con respecto a una trabajadora auxiliar de clínica, que es contratada para hacer sustituciones durante el verano. Esta trabajadora embarazada se la destina a diálisis, la actora manifiesto que no podía ir a esta sección debido a su estado; y se la despide, argumentando el Centro sanitario no haber superado el período de prueba. El TC considera que esta decisión de la empresa ataca el contenido del artículo 14 CE, y que da lugar a un acto discriminatorio por razón de sexo.

592 STJ de Cataluña, 20 de julio de 2000, en este caso se consideró que las guardias de las médicas en el caso de ser éstas relevadas de las mismas por riesgo para el embarazo, y dado su carácter salarial y obligatorio su cumplimiento, implica que la médica tiene derecho a la percepción retribución de las mismas, pues considera el órgano judicial que de otra forma se infringiría la normativa, no haciendo plenamente efectivo el derecho de la trabajadora y quebranto de la igualdad de trato.

593 Artículo 12 del Convenio Colectivo de "Grupo Cruzcampo, S.A." -BOE 25/05/99- establece: "*Toda mujer embarazada, independientemente de su estado civil, previo informe de la empresa o especialista y cuando la*

La reprobación a esta regulación se plantea en cuanto a que se vuelve a mirar a la incapacidad temporal derivada de enfermedad común. El tratamiento jurídico dispensado al riesgo durante el embarazo se asimila al disciplinado para la incapacidad temporal cuando tiene su origen en una enfermedad común. Con esta regulación persiste la creencia de que estar embarazada es enfermedad como ya fue considerado en su momento en la Ley 42/94, de 30 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y de orden social. Con esto parece que se debe recordar al legislador que el riesgo durante el embarazo no es una enfermedad, sino que es un estado biológico de las mujeres fruto de su capacidad para ser madre que requiere precauciones, por ello que debería tener un tratamiento asimilado a la maternidad[594].

Las mujeres ven suspendido su contrato de trabajo una vez que se han adoptado todas las medidas oportunas para eliminar los riesgos laborales que pudieran incidir negativamente en su estado. Además, tras comprobar que no es factible una movilidad funcional, así como que técnicamente y objetivamente se ha hecho todo lo posible para dar solución a los inconvenientes que podría suponer para las trabajadoras embarazadas en el caso de continuar trabajando[595].

A pesar de la regulación protectora que hemos señalado, la realidad muestra que las mujeres siguen viendo afectados sus empleos en estas situaciones, y que deben ser objeto de restitución sus derechos sociales en la vía judicial. Como la labor protectora del constitucional efectuada sobre este

---

trabajadora o la empresa lo soliciten, si desarrollase un trabajo penoso o peligroso para su estado, se le cambiará de puesto de trabajo a otro más cómodo sin riesgo para su estado, conservando su categoría profesional. En este supuesto, la Dirección de la empresa, designará a la persona que obligatoriamente deberá cubrir el puesto de trabajo vacante por la embarazada y que con carácter de provisionalidad de la situación se incorpora a su anterior puesto cuando la embarazada se reintegre al suyo propio". Citado por, ALMENDROS GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales, Op.cit.,* pág. 220.

[594] STSJ de Andalucía, de 19 de marzo de 1996, (AL A1777), "*Cualquiera que sea su causa, bien complicaciones en el embarazo, bien enfermedades comunes e intermitentes que nada tenga que ver con el parto*". Citado por, LOUSADA ARCHENA, FERNANDO JOSÉ, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pág. 23.

[595] Los precedentes a esta protección laboral a las mujeres embarazadas se sitúan en la citada norma de 13 de marzo de 1900, así como la Ley de 27 de febrero de 1912, conocida como la Ley de la silla, que establecía el derecho de las mujeres a la obligación de facilitarles una silla cuando estuvieran embarazadas, puesto que la bipedestación prolongada afectaba a la salud de la madre y del hijo. Posteriormente, la Ley del Contrato del Trabajo, de 21 de noviembre de 1931 otorga un régimen de protección análogo al previsto para la incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común.

derecho en la stc 161/2004, de 4 de octubre de 2004, que ha considerado otorgar amparo a la trabajadora de la empresa Pan Air Líneas Aéreas, S.A., con la categoría profesional de segundo piloto, y que fue calificada como "no apta circunstancial" por razón de riesgo durante embarazo. La empresa le comunicó la suspensión de su contrato de trabajo y la denegación del derecho a percibir contraprestación salarial alguna, puesto que se encontraba imposibilitada para desempeñar sus funciones como piloto, y no se le podía ofrecer un puesto distinto por falta de vacantes.

El tc ha señalado que la trabajadora estaba siendo objeto de discriminación por razón de su sexo derivando tal tratamiento de su estado de gestación, dado que la actuación empresarial evidencia indicios de discriminación. Es decir, el tc considera que la protección social implementada para el riesgo durante el embarazo si fuese determinante para tener un tratamiento profesional peyorativo, debe ser objeto de tutela constitucional, pues ese trato es derivado de la concurrencia de razones o circunstancias que tienen en el sexo de la trabajadora una conexión directa e inequívoca, como sucede con el embarazo. De tal forma, que se considera como un elemento o factor diferencial que, por razones obvias, incide de forma exclusiva sobre las mujeres[596]. Dicho de otro modo, el tc afirma que los tratos desfavorables fundados en el embarazo o en sus efectos suponen, al afectar exclusivamente a las mujeres, una discriminación por razón de sexo proscrita por el artículo 14 CE.

La jurisdicción constitucional considera que: "*la protección de la mujer no se limita a la de su condición biológica durante el embarazo y después de éste, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también, en el ámbito estricto del desarrollo y vicisitudes de la relación laboral, condiciona las potestades organizativas y disciplinarias del empresario evitando las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzando, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado*".

[596] Al respecto, se debe de mencionar la línea desarrollada por el TC en las siguientes sentencias: STC 173/1994, de 7 de junio, FJ 2; STC 136/1996, de 23 de julio, FJ 5; STC 20/2001, de 29 de enero, FJ 4; STC 41/2002, de 25 de febrero, FJ 3; y STC 17/2003, de 30 de enero, FJ 3.

El TC ha sido concluyente para otorgar garantía de amparo constitucional a la trabajadora que estando en situación de suspensión del contrato de trabajo, motivada por el embarazo, es víctima de la negativa de la empresa de asignarle tareas en otra sección para las que por su titulación estaba habilitada. Así, se considera que la protección constitucional se extiende a todo el desarrollo de la relación laboral desde el inicio y durante su desarrollo[597].

En otro orden, la actual regulación jurídica española del riesgo durante el embarazo incumple lo preceptuado por la normativa europea, a saber, la Directiva 96/34/CEE determina en su artículo 11.4 párrafo 2: "*Entre los requisitos no se podrán contemplar en ningún caso, períodos de trabajo previos superiores a doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto"* [598]. La LCVFL exige para ser beneficiaria de esta protección el haber cotizado ciento ochenta días en los cinco años anteriores

[597] Sobre la protección de los derechos de las trabajadoras afectadas por su estado de gestación la jurisdicción comunitaria se ha pronunciado en diversas ocasiones. Así, la STJE de 8 de noviembre de 1990, Caso 177/88, *Dekker* señala que: "*no contratar a una mujer embarazada constituye una discriminación directa por razones de sexo*". Asimismo, la STJE de 8 de noviembre de 1990, Caso 179/88, *Hertz* considera que: "*constituye una discriminación directa el despido por falta de asistencia por enfermedades con origen en el parto, que se plantea más allá del permiso de maternidad*". Al propio tiempo, la STJE 5 de mayo de 1994, Caso 421/92, *Habberman: "no cabe ruptura del contrato por la imposibilidad de la trabajadora de desarrollar un trabajo nocturno*". De este mismo modo, la STJE de 14 de julio de 1994, Caso 32/1993, *Weeb* afirma: "*es igualmente discriminatoria la resolución del contrato de una mujer embarazada contratada para sustituir a otra en permiso de maternidad".* Igualmente, la STJE de 30 de junio de 1998, Caso 394/96, *Brown* resuelve considerando que: "*es contrario a la igualdad de trato, el despido que tiene su origen en la baja por enfermedad derivada del parto, aunque ésta tenga su justificación en cláusula contractual*". Reseñadas obtenidas de ALMENDROS GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales, Op.cit.*

[598] Un resumen de la situación europea sobre la regulación de esta situación, nos permite, distinguir en primer lugar: en Alemania las trabajadoras percibirán el promedio de las 13 semanas últimas, permiso por razones de salud. En Dinamarca tienen derecho a una prestación en metálico diaria, o la mitad de la remuneración, la cantidad que sea más elevada, depende de si han trabajado las últimas trece semanas o si cumplen los requisitos de acceso al subsidio por desempleo. En Bélgica, cuando las mujeres dejan de trabajar por razones de sanitarias y de seguridad tienen derecho al 60% de su salario, hasta un máximo mientras hayan trabajado durante 120 días en los seis meses anteriores al reconocimiento de la prestación. En Grecia tienen derecho a la mitad del salario durante los 25 primeros días de ausencia, posteriormente, los mismos derechos que durante el descanso por maternidad. En Francia perciben el 90% del salario los primeros 30 días, luego el 2/3 del salario durante los 30 días siguientes. En Italia se establece el 80% del salario y el 100% en el sector público. En Luxemburgo es igual al permiso por maternidad. En Portugal se fija la prestación 65% del salario en un promedio del salario del último semestre. En Irlanda mantiene sus derechos del 100% durante los primeros 21 días. En Suecia, la trabajadora asegurada tendrá derecho a una prestación en metálico por embarazo del 75% de su salario. En Reino Unido, las trabajadoras continuaran percibiendo su salario íntegro. En Finlandia, las mujeres durante este período les computa a las madres como vacaciones, pero las trabajadoras pierden sus derechos salariales, aunque siempre que estén aseguradas tendrán derecho alrededor del 60% del salario.

al hecho causante, por lo tanto se incumple lo establecido por la norma comunitaria. En suma, se está provocando que las mujeres continúen trabajando aun a riesgo de su salud, o bien, por el contrario, ver su contrato suspendido sin derecho a prestación económica alguna. Además, la lógica de la realidad invita a pensar que en este caso las mujeres para no verse discriminadas laboralmente, pondrán en peligro su embarazo, y continuarán trabajando hasta el momento en que las circunstancias de su estado les impidan continuar desarrollando su habitual tarea profesional.

Por otra parte, en España, durante esta situación las mujeres tendrán derecho a una prestación análoga a la prevista para la incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Reiteradamente, con esta asimilación se vuelve a conculcar lo establecido por la Directiva 92/85/CEE artículo 11.1), puesto que las mujeres pierden económicamente por ser calificado su embarazo como incapacidad temporal para prestar servicios o trabajar. Así como ya se ha referido anteriormente, esta declaración que nada tiene que ver con el hecho de no poder trabajar por una contingencia común, es una discriminación a las mujeres cuya actividad laboral habitual es perjudicial para su embarazo, o bien, afecta a la salud del feto. Por consiguientemente, se incumple la normativa europea, por cuanto ésta aduce que: "*El coste de toda medida de prevención de riesgo laborales no podrá recaer en modo alguno sobre los trabajadores".*

Este precepto comunitario es transpuesto en el artículo 14.5 de la LPRL; esta norma considera al igual que la norma comunitaria que durante el riesgo laboral que afecte al embarazo de las trabajadoras, y en el caso de que las mujeres no puedan trabajar, deberán en todo momento ver garantizado: *"El mantenimiento de la remuneración o beneficio de una prestación adecuada"*.

Sin embargo, la LGSS reconoce que las mujeres durante este período percibirán el 75% de la base reguladora, que sirve para el cálculo de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. Se establece una disminución de los derechos económicos de las mujeres durante esta situación, y se incumple con la voluntad normativa europea al hacer recaer sobre las mujeres el coste de la maternidad. Aunque es positiva la previsión legal de una gestión directa para esta prestación, sin posible colaboración empresarial.

En consonancia con la normativa comunitaria, las mejoras sociales pueden plantearse en el marco de la negociación colectiva. Así, la negociación entre los empresarios/s y trabajadores/as pueden garantizar durante estas situaciones del importe íntegro de sus retribuciones. Si bien, son escasos los Convenios Colectivos que abordan estos beneficios sociales -Convenio Colectivo empresas organizadoras del juego de bingo, empresas mayoristas de productos químicos industriales y de droguería, entidades de seguros y reaseguros e industria química, comercio textil de Barcelona, Retevisión, Radio Televisión Valenciana, Siemens, Telefónica Telecomunicaciones Públicas SA -[599].

Sin embargo, consideramos que la tutela de los poderes públicos exige incidir en la mejora de las medidas de seguridad e higiene, y, no incentivar que las empresas se evadan de sus obligaciones sobre la materia, provocando que se declare la situación de riesgo durante el embarazo, cuando tenía que ser una situación socializada y asumida por parte de todos los sectores de la sociedad, tanto privados como públicos.

Es decir, la solución vendría en dos frentes, por un lado, reforzar que los empresarios/as, con la colaboración de los agentes sociales, concierten medidas de seguridad e higiene en el trabajo al fin de garantizar la seguridad de las trabajadoras embarazadas. Por otro lado, proteger en su caso el riesgo durante el embarazo con el pago de una adecuada prestación económica, asemejada a la percibida durante la situación de la maternidad, y totalmente foránea a la situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

[599] Convenio Colectivo de Repsol Química SA. -BOE de 22/08/03- "*Si dicho cambio de puesto no resultara técnicamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, durante el tiempo necesario para la protección de su seguridad o de su salud, y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior, o a otro puesto compatible con su estado. En este supuesto, la empresa complementará, en su caso, la prestación de la seguridad social, hasta el 100% de los conceptos retribuidos referenciados para el cálculo de la incapacidad temporal*".

Por otra parte, esta cuestión se relaciona con la obligación o no por parte de las mujeres de comunicar a la empresa su estado de gestación, ya que esta cuestión está silenciada en la regulación legal, y sólo establecida en algunos Convenios Colectivos[600].

En consecuencia, de acuerdo a lo mencionado en el capítulo tercero del presente trabajo, debemos entender en la línea del TJE que no existe tal obligación. También, en este sentido se ha pronunciado el TSJ de Madrid en sentencia de 18 de mayo de 2000, afirmando que: *"El embarazo está dentro de la intimidad de la mujer, y por ello la no obligatoriedad de la comunicación máxime cuando la realidad muestra que la trabajadora es objeto de desigualdad cuando esta embarazada"*. Por lo tanto, en el caso de no comunicación del estado de gestación no cabe la posibilidad de sanción por aplicación del artículo 29.3 de la anotada Ley, ni de un quebrantamiento del deber de buena fe por parte de la trabajadora.

No obstante, la consecuencia de ello será que la protección legal a que se refiere el artículo 26 de la LPRL, no se active si la trabajadora no comunica su estado, aunque se considera que en el supuesto de ser notorio el embarazo de la trabajadora, el empresario/a debe de cumplir sus deberes de protección a todos los efectos. Sin embargo, en el caso de desconocimiento real no se puede exigir responsabilidad al empresario/a por la omisión de medidas ante la ignorancia de tal estado. De este modo, únicamente, las trabajadoras estarían vinculadas por la obligación genérica de cooperar con el empresario/a, para que éste pueda garantizar unas condiciones de trabajo seguras, y que no entrañen riesgos para la seguridad y salud de las trabajadoras a tenor del artículo 29.2.6 de la LPRL.

Asimismo, nos corresponde señalar que en aras de la exigencia de que esta situación no encubra un fraude se ha burocratizado el procedimiento administrativo en exceso, en orden a la regulación del RD

---

600 De esta manera, SÁNCHEZ TRIGUEROS señala que: "*A partir de la comunicación a la empresa por parte de la trabajadora de su situación de embarazo, ésta tendrá derecho a ocupar un puesto de menor esfuerzo físico o adaptación de su puesto de trabajo habitual al menor esfuerzo, que exige la situación hasta que la fecha que marque la ley para su reincorporación a su puesto normal anterior a la suspensión del contrato*". Artículo 34. Convenio Colectivo para la limpieza de edificios y locales de Madrid -BOCM 28.09.00-, SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN, *El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de seguridad social,* Navarra, Aranzadi, 2002.

600 Véase, la STJE de 27 de febrero de 2003, Caso 320/01, *Wiebke Busch c. Klinikum Neustadt Gmh & Co. Betribs-Kb.*

1251/2001, de 16 de noviembre. Esto es, se hace con carácter obligatorio intervenir a los facultativos/as médicos/as del Servicio Sanitario público; informe que no es vinculante. Este carácter que sí lo tiene cuando se alude a la segunda fase del procedimiento con la intervención de los servicios médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de la Mutua de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional. Por ello, se deben plantear tres cuestiones: en primer lugar, en cuanto a que para evitar el fraude se pide a las mujeres que acudan a los facultativos/as de la sanidad pública, y segundo lugar, la enorme potestad que se les otorga a las Mutuas, y por último, la ausencia al llamamiento de la intervención de los servicios de prevención de la empresa.

El sinuoso procedimiento puede suponer que el empresario/a admita la existencia de riesgos y que deba esperar al certificado oficial. Con cual lo razonable y prudente durante este período es que el empresario/a considere la dispensa en el trabajo de la embarazada. Esta interrupción tendría un carácter terapéutico y preventivo con derecho a la suspensión del contrato, y con la consiguiente prestación desde el inicio de la suspensión del contrato, y no desde la emisión del certificado médico/a.

Por otro lado, con el objeto de evitar que esta situación tenga consecuencias lacerantes para la posición de las mujeres en el mercado de trabajo, y no se vean las mujeres sus derechos de trabajar afectados al existir posibilidad de quedarse embarazadas, se han establecido una serie de medidas que buscan para que esta situación tenga coste cero. Por eso, la LCVFL modifica la Ley 11/98, de 4 de septiembre establece una bonificación del 100% de la totalidad de la cuota empresarial, en el caso de la contratación efectuada en régimen de interinidad a personas desempleadas para sustituir a trabajadoras, que tienen su contrato de trabajo suspendido por riesgo durante el embarazo. Esta bonificación es confirmada por el artículo 18 del mencionado RD 1251/2001, señalado anteriormente.

Asimismo, la Ley 12/2001, 9 de julio en la disposición adicional segunda establece bonificaciones a la contratación de personas trabajadores/as para sustituir a trabajadoras que están en situación de riesgo durante el embarazo en el caso de trabajadoras por cuenta propia, socias trabajadoras y socias de trabajo de las sociedades cooperativas. De la misma forma es conservada tal medida por la disposición final primera del indicado RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

Por último, la protección en el caso de aborto es otra de las situaciones que quedan por resolver en la ley. Es decir, se está distinguiendo en la práctica dos situaciones, en primer término, cuando el feto tiene menos de ciento ochenta días de vida en el útero, y en este caso se otorga protección por incapacidad temporal derivada de enfermedad común[601]. En segundo término, cuando el feto tiene más de ciento ochenta días se otorga a la madre una protección equivalente a la maternidad. Señalar que debería reformarse esta cuestión, y al igual que el riesgo durante el embarazo correspondería tener un tratamiento uniforme propio de la maternidad, puesto que son situaciones que tienen su origen en la maternidad que es un estado biológico distinto a una enfermedad común.

La labor protectora del ordenamiento jurídico ha determinado que se otorgue garantía al derecho de trabajo de las mujeres sin menoscabar su derecho a proteger su salud laboral durante el embarazo. De este modo, a pesar de las deficiencias existentes sobre la protección a esta situación se ha tratado de regular el riesgo durante el embarazo con el objeto de proteger a las mujeres para que no sean discriminadas por su estado de gestación, cuando su embarazo reclama su estado una especial atención. A la par que se trata de proteger a las trabajadoras de las posibles limitaciones de sus derechos sociales, amén de sus expectativas profesionales, puesto que de lo contrario tendría un carácter atentatorio a la dignidad del ser humano en orden al artículo 10.1 CE.

5.2.3. CONSTRUCCIÓN JURÍDICA COMO DERECHO SOCIAL: EL DESCANSO POR MATERNIDAD

En mandato constitucional, al Estado social le corresponde establecer condiciones, requisitos y prestaciones para dar protección a la maternidad, y eso implica el reconocimiento de las prestaciones por maternidad fruto de la mencionada Directiva 96/34, que es transpuesta en la indicada LCVLF, y que es desarrollada reglamentariamente por el citado RD 1251/2001, de 16 de noviembre -procede a una reordenación y actualización del régimen jurídico del subsidio por maternidad-[602].

---

[601] Sirva para dar cuenta, la STSJ de Andalucía, de 19 de marzo de 1996 (AL. A 177).

[602] La SRA. CORTAJARENA ITURRIOZ (Grupo socialista), argumenta en los debates parlamentarios que "*una cosa son los permisos de maternidad, que esto sí, que es un derecho de la madre, y otra los permisos de paternidad, que es y debe ser un derecho del padre. En Europa nos han dicho una cosa muy simple, y es que existen derechos individuales de las madres y de los padres, y que el padre que quiera disfrutar de un derecho por paternidad no tiene que ser complementario. Por eso, creemos que esta normativa, al dejar a la madre las seis semanas*

En la actualidad, la regulación de la maternidad se realiza de una forma individualizada, y como capítulo diferenciado de la incapacidad temporal. Al propio tiempo, que se amplía el derecho a prestación económica a cargo de la seguridad social en caso de partos múltiples, incrementándose en dos semanas por cada hijo/a a partir del segundo. Así como la ampliación del permiso por adopción y acogimiento hasta 16 semanas para menores de 6 años, y en los casos de acogimiento preadoptivo o permanente, y la posibilidad de utilizar 4 semanas de permiso previo a la resolución judicial o administrativa en los casos de adopción internacional.

Sin embargo, la reforma más esencial son las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar que se centra en la implementación del derecho de los padres a disfrutar de permisos para el cuidado de sus hijos/as[603]. Con esta nueva protección se deben distinguir los derechos otorgados a la madre por el hecho físico de parir, de aquella protección establecida para atender al cuidado del hijo/a, puesto que en este caso se determina como un derecho ejercitable por ambos progenitores, que es planteado desde la corresponsabilidad en la crianza de los hijos/as entre la pareja.

En efecto, las mujeres precisan de un descanso obligatorio que se establece en seis semanas[604]. Este descanso está suficientemente justificado por la necesidad de recuperación física de la madre, y constituida su obligatoriedad por el objeto de evitar que las mujeres se vean presionadas para que no soliciten este permiso, y ser forzadas a una incorporación prematura al trabajo que afectaría a la salud de las madres y del recién nacido/a[605].

---

posteriores al parto para su disfrute con carácter obligatorio y, sin embargo, luego poder ser simultáneo el disfrute hasta las dieciséis semanas (...), realmente nos estamos situando en una negociación interna, pero esto no supone compartir, esto supone ejercitar un derecho y decir: te doy mi derecho, yo ya no puedo más con tanto niño, échame una mano. De esta otra manera, ¿nosotros qué decimos? Al crear el permiso de paternidad que sea distinto al de la madre, pretendemos que el padre tenga y se erija (...) en la función social de su papel, no sólo reproductivo, sino también familiar, facilitando por otra parte la correspondiente asunción de responsabilidades en los varones", Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 739, 1999, pág. 21520.

[603] Igualdad de sexos debe ser algo más que transportar los roles masculinos a la vida de las mujeres, DOMÍNGUEZ ALCÓN: *"El problema es la gestión de la vida o como vivir la vida. No se trata de reivindicar negativamente, sino de asumir que la convivencia requiere debate, amor, generosidad y compresión, pero no se convierta en una situación injusta para ninguna persona*", DOMÍNGUEZ ALCÓN, CARMEN, *Construyendo el equilibrio: Mujeres, trabajo, y calidad de vida,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2001, pág. 9.

[604] SJTE DE 12 de julio de 1984, Caso 184/83, *Hofman*.

[605] Así, en Austria, hay una prohibición de trabajar durante ocho semanas antes y después del paro. En Bélgica, este permiso dura quince semanas, con un período obligatorio de una semana antes del parto y ocho después. Mientras

La nueva regulación del permiso de maternidad voluntario de diez semanas permite a las madres tras el período obligatorio que puedan optar para que sea el padre quien disfrute de ese permiso por maternidad, siempre que no lo necesite la madre por motivos de salud[606]. El problema se plantea porque el eventual disfrute de este derecho por parte del padre se mantiene en la dependencia de la voluntad, y del estado de salud de la madre, y, por consiguiente, la norma legal condiciona a los padres el ejercicio de este derecho, que debería tener carácter individualizado e independiente del permiso de la madre[607]. Este derecho social determinado de esta manera está constituido de tal forma que su ejercicio da intercambiabilidad, con una titularidad variable.

---

que en Dinamarca es 28 semanas, cuatro antes del parto y dos obligatorias después seguidas por otras 22. En Finlandia se fija en este período un derecho a una asignación económica por maternidad, que se percibirá durante 30 días naturales tras el parto, como muy tarde y se prolonga 76 días posteriores, no existe período obligatorio por maternidad, aunque dos semanas después del parto las mujeres sólo pueden realizar tareas muy livianas, con un certificado médico que asegure su salud. En tanto que en Francia, el permiso es de seis semanas antes del dar a luz, y diez después, con la prohibición legal de trabajar durante ocho semanas, que al menos seis deben ser después de dar a luz. En Alemania no trabajara seis semanas antes del parto, aunque la mujer puede pedir hacerlo, y después ocho semanas. Al mismo tiempo, en Grecia, se cuantifica en ocho semanas antes y ocho semanas después, todas son obligatorias. En tanto que, Italia prohíbe trabajar dos meses antes del parto y tres posteriormente. En Luxemburgo se cifra en ocho semanas antes y ocho semanas después ampliable a doce semanas si la madre está amamantando. En los Países Bajos, el permiso es de 16 semanas, cuatro antes del parto y ocho después del parto. En Portugal es de 98 días, y 14 de los cuales son obligatorios, 60 días deben tomarse después del parto, los 30 días restantes pueden tomarse antes o después. En Suecia, las mujeres tienen derecho a 7 semanas antes y 7 después del parto, con la posibilidad de obtener otro permiso por amantar al bebe, no hay período obligatorio. En Reino Unido, el permiso es de 14 semanas, obligatorio dos tras el parto, y cuatro si trabaja en las fábricas. Convenios Colectivos citados por, ALMENDROS GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales, Op. cit.,* págs. 103, 104 y 105.

[606] No tiene estrictamente una calificación, pero con esta regulación no se ha impedido que las negociaciones colectivas sigan aludiendo al carácter de cesión por parte de la madre, e incluso Convenios Colectivos que aluden a la posible cesión de hasta cuatro semanas, manteniendo una referencia de hoy derogada, tal es el caso del Convenio Colectivo de Pasta, Papel y Cartón -BOE 17/08/01-, que en su artículo 10.2, continúan otorgando un carácter de cesión al disfrute del permiso parental al varón, de hasta cuatro de las últimas semanas, siempre que no las necesite ella por motivos de salud. Asimismo, el Convenio Colectivo de la Industria del Calzado, -BOE 29/08/02- Artículo 31.

[607] Así, pues no se entiende las referencias a la salud de la trabajadora, cuando se considera que esta prestación está ya alejada de la incapacidad temporal y de la enfermedad común, y se trata de proteger una relación entre madre e hijo/a. Máxime, cuando en la misma norma se ha previsto que cuando durante la percepción de un subsidio por maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial, de iniciarse un proceso de incapacidad temporal se percibirá simultáneamente el subsidio correspondiente a esta última situación. Calculado sobre la base de cotización de la jornada a tiempo parcial, que se compatibilizara con el subsidio por maternidad -Artículo 9.3 del RD 1251/2001, 16 de noviembre-.

En consecuencia, consideramos que la reforma de la regulación de este permiso se debería encauzar a su reconocimiento como derecho individual a los padres, de forma diferente al permiso reconocido a las madres, porque, tampoco sería la solución que la madre en el supuesto de tener problemas de salud tras el parto viera su situación cubierta por encontrarse incapacitada para el trabajo con el cuadro de prestaciones de la incapacidad temporal por enfermedad común[608]. De esta manera, a las madres se les debería disciplinar una protección por maternidad adecuada y extensible a las situaciones de necesidad que pudieran derivarse de la misma.

Este reconocimiento individualizado de los permisos del padre y de la madre supondría que ambos progenitores tienen la responsabilidad del cuidado de los hijos/as. Esta protección debería ser diferente de los derechos constituidos para las madres, y de forma diferenciada crear permisos para ambos progenitores en razón del cuidado de los hijos/as. En esta materia se ha tratado de que sea la norma paccionada la que incentive y promueva medidas para que los padres ejerciten este permiso, y enfrentarse con los datos que muestran que las mujeres son las principales titulares de estos permisos con las consecuencias que suponen para su posición en el mercado de trabajo.

Los Convenios Colectivos pueden ser los instrumentos constitucionales para la mejora de las prestaciones económicas percibidas durante el permiso de maternidad[609]. El Convenio de "Aceralia"

---

[608] El hecho causante es el momento del parto, y no el comienzo de disfrute de la prestación, la OM de 13 de octubre de 1967 establecía que la obligación del facultativo era atribuir la enfermedad preparto a la prestación de maternidad. Incluso en esta década, por medio de la Resolución de la Dirección General de Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social de 2 de septiembre de 1991, se establecía el paso a la situación de incapacidad temporal tan sólo cuando la enfermedad preparto se declaraba con anterioridad a las doce semanas anteriores al parto lo que, a sensu contrario, significaba que la enfermedad declaraba transcurrido este plazo debía integrarse en la prestación de maternidad.

[609] Convenio Colectivo de "VB Autobaterías, S.A.", -BOE 12/01/00-, establece que mientras dure la suspensión por maternidad el trabajador o la trabajadora tendrán derecho: "*Además de las prestaciones de la seguridad social o Mutuas Patronales, a cargo de la empresa se abonará el porcentaje necesario para completar, en todo caso, el 100% de los siguientes conceptos: del salario bruto mensual del mes anterior a la baja, del complemento personal de antigüedad del mes anterior a la baja, de la media de las comisiones de los doce meses anteriores a la baja, del plus familiar*". Citado por, Almendros González, Miguel Ángel, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral: Aspectos Laborales, Op.cit.,* pág. 146. Convenio Colectivo de la Enseñanza Reglada sin nivel concertado -BOE 28/05/02-; Convenio Colectivo de Artes Gráficas, Manipulado de papel, Manipulado de Cartón, Editorial e Industria Auxiliar, se prevé en el artículo 8.6 un complemento por incapacidad temporal de enfermedad común hasta llegar hasta el 100% del salario -BOE 19/01/00-; Convenio Colectivo de Pasta Alimentarias -BOE 18/02/03-, se reconoce un complemento hasta alcanzar el 100% que le

dispone que durante esta situación la empresa abonará un complemento a la prestación reglamentaria "*en las condiciones siguientes: 1) hasta un 90% de las percepciones a jornada ordinaria en el período de descanso voluntario. 2) hasta el 100% de las percepciones a jornada ordinaria en el descanso reglamentario"* [610].

Por otra parte, el ordenamiento jurídico en el caso del fallecimiento de la madre, sí reconoce el nacimiento del derecho originario del padre a disfrutar de este permiso con el objeto de otorgarle los cuidados al recién nacido/a huérfano/a. Pero, nuevamente, se exige una carencia de períodos más amplios que el referido por la Directiva comunitaria, como ya se ha señalado en el riesgo durante el embarazo, al reclamar la carencia de ciento ochenta días en período de cinco años anteriores a la fecha del hecho causante.

El orden judicial ha mantenido que no hay razón alguna para hacer depender de la condición de asalariada, el correspondiente reconocimiento del permiso de paternidad en el supuesto de fallecimiento de la madre, o cuando el padre tenga reconocida la patria potestad[611].

Como en tantos otros aspectos al hilo de esta actuación judicial, el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social, en la disposición final cuarta prevé el derecho del padre a percibir esta prestación en los casos de fallecimiento de la madre, y siempre que el padre cumpla con los requisitos exigidos será perceptor de la prestación económica por maternidad por todo el período de descano, o por la parte que quedase por disfrutar, aunque la madre no hubieran estado incluida en el campo de aplicación del sistema de la seguridad social[612].

Del mismo modo, el RD 1251/2001 establece nuevas fórmulas para disfrutar del permiso de maternidad, adopción o acogimiento de forma simultánea o sucesiva. El permiso puede ser disfrutado de forma simultánea por el padre y la madre; en cualquier caso, no podrá ser superior a dieciséis semanas.

---

correspondería por su trabajo a jornada ordinaria sin computar horas extras, y sin la parte proporcional de las pagas extras.

[610] BOE 30/10//2000. www.boe.es

[611] STJS País Vasco, de 24 de abril de 2001.

[612] BOE 22/11/2005.

Abriéndose una amplia panoplia de posibilidades de disfrute en referencia a la jornada laboral, ya se trate de jornada a tiempo parcial o a tiempo completo, siendo su ejercicio concretado en el marco del acuerdo entre agentes sociales y económicos[613]. No obstante, el trabajador/a podrá decidir la concreción de la hora y período de disfrute de tal derecho con un preaviso de 15 días de antelación, y en el caso de disputa será la jurisdicción de lo social quien resuelva. Los trabajadores/as por cuenta propia y empleados/as de hogar no tienen derecho a su disfrute en jornada a tiempo parcial.

Por otra parte, la Ley 66/97, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas, y del orden social tiene el fin de extender al régimen especial de seguridad social de los funcionarios/as civiles del Estado, la prestación económica complementaria a la maternidad en el supuesto de parto múltiple de manera similar al existente en el régimen general de este sistema de seguridad social[614]. En esta línea, el RD 180/2004, de 30 de enero, desarrolla reglamentariamente la posibilidad de disfrutar a tiempo parcial a los funcionarios/as públicos del permiso por parto, adopción y acogimiento, aplicable en el caso de situaciones permanentes como de preadopción. De esta manera se establece que podrá ser disfrutado tanto por el padre como por la madre, no obstante, la madre no podrá hacer uso de esta modalidad durante el período de descanso obligatorio. El disfrute podrá ser por ambos progenitores, bien de forma sucesiva, bien de forma simultánea.

---

[613] Antes de 1984, el período de carencia era de 180 días en el período de un año con anterioridad a la fecha del hecho causante. La dificultad en el acceso de las trabajadoras a tiempo parcial motivó una reforma que se articuló por medio del RD 1991/1984, de 31 de octubre y que supuso la ampliación del período de referencia a 18 meses, en el caso de trabajadoras a tiempo parcial. Con todo, ninguno de los dos parámetros se acercaba siquiera al de cinco años que rige para el caso de incapacidad temporal. Un comentario al respecto, BALLESTER PASTOR, a., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral,* Valencia, 1994, pág. 201. En la misma línea, se manifiesta LÓPEZ GANDIA Y BLASCO LAHOZ, "La reciente reforma de la legislación social sobre la mujer en el trabajo y sobre la prestación de desempleo", *Revista de Treball* núm.10, 1989, pág.92. En este parámetro debe de añadirse que, la contratación a tiempo parcial, con las particularidades previstas en el RD 144/1999, de 29 de enero, por el que se desarrolla en materia de acción protectora de la seguridad social, y el RDL 15/1998, de 27 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo a tiempo parcial y fomento de su estabilidad, la regulación diferencia de forma definitiva de la incapacidad temporal, estableciendo bases reguladoras distintas a la incapacidad temporal, esto es, la prestación se calculará en orden al resultado de dividir la suma de las bases de cotización acreditadas en la empresa durante el año anterior a la fecha del hecho causante entre 365, y reconociendo el derecho a percibir la prestación por maternidad durante la totalidad de los días que permanezca en esta situación protegible.

[614] Tan sólo con carácter muy limitado determinadas normas han corregido el espíritu restrictivo del articulo 48.4 ET. Así, por ejemplo, en la Circular 20/1989 del INSS se establece que el requisito de que ambos trabajen se cumple cuando alguno de los progenitores es autónomo o funcionario, permitiendo una intercambiabilidad entre regímenes que, pese a todo, no altera los desfasados presupuestos del Art.48.4 ET.

En la actualidad, este derecho es extensible a la totalidad del sistema de seguridad social al no existir diferencia entre los trabajadores/as por cuenta ajena y cuenta propia; si bien, no evita que la casuística presente diferentes situaciones a resolver por la vía judicial[615].

En otro orden, la regulación del permiso de maternidad/parental permite apreciar la ausencia de tratamiento jurídico de determinadas cuestiones, tales como las referencias a las vacaciones, ya que es un derecho que las mujeres ven menoscabado cuando las vacaciones coinciden con el permiso de maternidad, porque cuando las madres están utilizando el permiso de maternidad, especialmente, en referencia al obligatorio, las mujeres ven reducidas sus vacaciones en el supuesto de coincidir temporalmente ambos períodos. Este tema como otros, de ordinario, se deja en manos de la negociación, y en algún caso sí ha sido objeto de la misma[616]. Vale decir, que el Convenio Colectivo de centros de

[615] Esto es, la STS de 28 de diciembre de 2000, en este caso, se estudia el disfrute de tal permiso por una registradora de la propiedad: "*La lectura del precepto sugiere ya una primera conclusión: la titular del derecho al descanso es la madre, pero queda facultada para transferir el disfrute parcial de tal derecho al padre (...) esto no supone que ambos progenitores hayan de ser trabajadores por cuenta ajena y, además, estén incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social. La solución al tema debatido debe de venir por otro cauce distinto (...) la esposa del demandante, por su condición de registradora de la propiedad y por participar en la Función Pública, queda fuera del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores (...) puesto que, la situación que se contempla cuenta con normativa especifica – los artículos 549 g) y 553 e) del Reglamento Hipotecario-, y estando la titular del derecho a licencia al margen de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores, sin que se haya previsto la posibilidad en dicho* régimen *especial del disfrute compartido de la licencia por el marido de la titular, no es posible acceder a lo pedido en la demanda",* LOUSADA ARCHENA, FERNANDO JOSÉ, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002, pág. 35. Asimismo, la STC 20 /2001, de 29 de enero. Antes de la baja por maternidad, estuvo de baja la actora por enfermedad que deriva del embarazo, habiendo necesitado asistencia hospitalaria durante dos meses. Se trataba de un contrato para el desempeño de un puesto de interina de oficial de la Administración de justicia. La Administración la cesa en su nombramiento debido a encontrarse en situación de baja por maternidad. La ST considera que "*el cese durante la licencia por maternidad, conculca claramente el artículo 14, y especialmente, el derecho a no ser discriminada por razón de sexo, en tanto que el reglamento aprobado por RD 2003/1986, de 19 de septiembre sustituido en 1996, mantiene el régimen de nombramientos de interinos, para ocupar plazas cuando no sea posible la prestación del servicio por funcionarios de carrera, señalando que los interinos que deberán reunir los requisitos necesarios para ingresar en el cuerpo y demostrar su aptitud. Estos/as tendrán los mismos derechos y deberes que los funcionarios, si bien, sus retribuciones serán las que fijen las disposiciones que les sean expresamente aplicables, con lo cual se debe aludir a una asimilación de los funcionarios a los interinos, por lo tanto, si es un derecho de la funcionarizado de carrera también lo será para trabajadores interinas, reconociendo nuevamente a considerar el embarazo como hecho biológico incontrolable, que incide forma exclusiva sobre las mujeres*". -STC 136/1996, de 23 julio FFJJ 5 y 6-, -STC 240/1999, de 20 de diciembre FJ7- y - STC 173/1994, de 7 de junio FJ2-.

[616] En términos semejantes se ha dado regulación a la situación de enfermedad y accidente, el Convenio Colectivo "Fasa Renault SA", en el artículo 16 "*Dispone que aquellos trabajadores que por razones de enfermedad o accidente no hayan podido disfrutar de estas vacaciones a lo largo del año natural (...) dispondrán de un plazo de*

asistencia y educación infantil, -BOE 22/08/03-, estable en el artículo 32, que en estos casos: *"Las trabajadoras disfrutarán a continuación del alta médica hasta el total de días que le correspondieran, salvo acuerdo entre las partes para otra fecha de disfrute".*

Asimismo, sobre las formalidades para su ejercicio no hay en la norma legal concreción alguna. De esa forma son los Convenios Colectivos los que pueden establecer obligaciones formales, tales como implantar un período de preaviso de 15 días.

Por otro lado, en relación con la regulación de esta situación se ha tratado de determinarla para que tenga un coste cero en el empresario/a. Dicho de otro modo, en el marco del intento de evitar que la maternidad sea negativa a los intereses de las mujeres-trabajadoras se legisla una serie de medidas para que esta protección no conlleve gastos para la empresa, en especial debido a la realidad que muestra que las mujeres son las principales solicitantes del permiso por maternidad, amén del disfrute del permiso obligatorio implementado por la norma. Es decir, que se trata de que este permiso no sea un motivo para discriminar a las mujeres en la contratación o en la permanencia en la empresa.

De ahí, los contratos de fomento al empleo o de interinidad que se le otorgan al empresario/a para que no asuma el gasto, que le pudiera suponer los derechos derivados del ejercicio de la maternidad[617].

---

tres meses a partir de las mismas, que en todo caso deberá tener lugar dentro del año natural siguiente como máximo. Este disfrute excepcional no podrá acumularse con ningún otro período de vacación" - BOE 05/11/1999 -. www.boe.es

[617] La Ley 11/1998, de 4 de septiembre - BOE 5/09/1998, número 213-, introduce una novedad importante, su contenido es una auténtica medida de acción positiva, pues regula las bonificaciones de cuotas a la seguridad social del 100% de la cuota empresarial de los contratos de interinidad, celebrados a personas desempleadas para sustituir a trabajadoras durante los períodos de descanso, por maternidad, adopción, acogimiento, se evita así que recaiga sobre los empresarios, los costes de la maternidad. En los mismos términos son referidos en la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Profesional y mantenidos por el RD 1251/2001, 16 de noviembre. Así, la disposición adicional segunda de la Ley 12/2001, establece la bonificación de las cuotas de la seguridad social de los trabajadores en período de descanso por maternidad, adopción, acogimiento permanente o preadopción extensible a los trabajadores/as cuenta propia y socios de trabajo de las sociedades cooperativas, aunque sólo será de aplicación mientras dura en el tiempo la suspensión del contrato y el contrato de interinidad del sustituido/a. Empero, también al fomento al empleo como trabajadoras por cuenta ajena, de tal forma que la Ley 53/2002, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social, en su capítulo II dentro de la línea generalizada de fomento a la contratación de mujeres específicamente se atiende a la contratación de mujeres desempleadas inscritas en la oficina de empleo, que sean contratadas en los veinticuatro meses siguientes a la fecha del parto, pudiendo aplicar el empresario una bonificación del 100% a la cuota empresarial a la seguridad social por

Recientemente, se ha producido una nueva regulación positiva en aras de favorecer la reincorporación laboral de las mujeres tras la maternidad. La Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica establece en la disposición final segunda, que los empresarios/as tendrán derecho a una bonificación del 100% de cuota empresarial a contingencias comunes, durante doce meses siguientes a la reincorporación efectiva de las mujeres al trabajo, cuando se contrate indefinidamente o de forma temporal para sustituir a trabajadoras que tengan suspendidos sus contratos de trabajo por maternidad o por excedencia por cuidado de hijo/a. Asimismo, será de aplicación esta bonificación en el caso de la transformación de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos realizados a estas personas.

En estos mismos términos se manifiesta Programa de fomento al empleo para 2005, que recoge la Ley General de Presupuestos del Estado al establecer una bonificación del 100% en la cuota empresarial por contingencias comunes, durante 24 meses, cuando se contrate a trabajadoras para su reincorporación tras el parto[618]. Esta medida será de aplicación siempre que se produzca dicha reincorporación efectiva de las mujeres al trabajo en los dos años siguientes a la fecha del parto. También en los casos de trabajadoras de cooperativas y trabajadoras de las sociedades laborales, tanto las cooperativas como las sociedades laborales tendrán derecho a dichas bonificaciones respecto de sus socias trabajadoras o sus socias de trabajo, con vínculo indefinido, y siempre que dicha entidad hubiese optado por un régimen de seguridad social propio de trabajadores/as por cuenta ajena.

---

contingencias comunes, durante un período de doce meses. La citada norma de 25 de abril de 2003, amplia tarde, pero al fin y cabo revisa la legislación, extendiendo esta bonificación citada a los supuestos de contratos de trabajo y relaciones con las cooperativas o sociedades laborales, cuando se incorporen mujeres como socias trabajadoras, o de trabajo de carácter indefinido y siempre que la entidad haya optado por un régimen de seguridad social propio de trabajadores por cuenta ajena, y cuando se trate de trabajadoras que se reincorporen de forma efectiva al trabajo tras el período de suspensión del contrato por maternidad y excedencia por cuidado de un hijo/a, protección que va más allá al considerar esta medida aplicable al supuesto de contratos de duración determinada, o temporales suscritos con anterioridad a esta norma, cuando antes de un año de la situaciones señaladas se trasforme el contrato en indefinido, ampliando la bonificación a dieciocho años. Por otra parte, se incrementa la bonificación en la contratación de una mujer minusválida de menos de cuarenta y cinco años. Medidas, todas ellas que suponen una política de acción positiva dentro del objetivo de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, que buscan un incremento de la presencia de la mujer en el mercado de trabajo diversificación que alcanza con mayor intensidad a la trabajadora en su relación directa con la maternidad.

618 Ley General de Presupuesto para 2005, 2/2004, de 27 de diciembre (BOE 28/12/2004).

En suma, la regulación del descanso por maternidad debe ser considerada positivamente, pero insuficientes las medidas establecidas si no se acompaña de una sensibilización de la sociedad, de los empresarios/as y de una Administración que, aunque ente jurídico abstracto, su gestión continúa siendo esencialmente masculina[619]. Por consiguiente, se hace necesario modificar tales insuficiencias, especialmente, se hace preciso una voluntad de los poderes públicos de lograr un cambio en la sociedad española, que normalice la solicitud del permiso parental, y permita a las mujeres la conciliación de su vida familiar y profesional[620].

Esto es, falta una cultura empresarial que se afirme en tal objetivo; en el 65,4% de las empresas española no existe políticas de conciliación para compaginar la vida personal y laboral, en cuanto a que no consideran que es necesario una política de integración en su empresa, porque no es aún tema de importancia esencial para las empresas españolas, y sólo el 56,6% de las empresas consideran que es elemental la adopción de medidas en el aspecto. Esta situación se produce a pesar de que está demostrado que estas políticas influyen positivamente en la productividad y en la motivación de los empleados/as. En este punto, especialmente, se invoca la flexibilidad horaria como medida más útil a estos efectos, así como el incremento de guarderías en la empresa, y, además, se ha planteado el teletrabajo como otra de las posibles soluciones al problema[621].

El mayor defecto de esta norma se encuentra como se ha indicado, que son derechos que siguen siendo ejercitados principalmente por las mujeres, porque, aunque sin lugar a dudas es un instrumento legal que supone un gran avance. Sin embargo, por sus fórmulas indefinidas ha sido insuficiente para evitar que las mujeres sigan siendo cabeza de turco en la asunción del papel del cuidado de la familia, puesto que no ha impedido que sean las mujeres quienes, mayoritariamente, continúen solicitando los derechos derivados de la crianza de la descendencia. Además, como de ordinario las mujeres tienen

[619] La Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos el 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, -DOCE 218 de 31 de julio 2000-, alentaba a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan el permiso parental a los hombres trabajadores como un derecho individual e intransferible, el cual debería permitir ser disfrutado de forma simultánea al permiso de maternidad de la madre, independientemente de la duración respectiva de ambos.

[620] BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *La Ley 39/1999 de la conciliación de la vida familiar y laboral,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pág.12.

[621] *EL País*, 27 de julio de 2003.

mayor precariedad laboral son ellas quienes solicitan el ejercicio de tales medidas, todo ello sin desconocer que la mentalidad de la sociedad en la actualidad sigue siendo proclive a este hecho[622].

Esta nueva regulación es derecho positivo que facilita la conciliación, pero no la propicia, no altera el rol de la responsabilidad familiar como asunto de las mujeres. De ahí, la necesidad de medidas no sólo laborales, sino paralelas en todos los órdenes en aras del reparto equitativo de las cargas familiares, y de la exigencia de medidas para estimular de forma activa la participación del padre en tales actividades. En esta medida, la realidad debe de considerar la necesidad alterar las pautas de comportamiento de la ciudadanía y de los poderes fácticos[623].

El constitucionalismo social sigue teniendo la responsabilidad de presentar al permiso parental como el instrumento para incrementar la responsabilidad del hombre en el cuidado de los hijos/as, al incorporar al padre de forma activa en la relación familiar. De este modo se elimina esta causa como barrera que impide y dificulta a las mujeres su desarrollo profesional. A la par que se hace necesaria la intervención del legislador para incentivar el ejercicio de estos permisos por parte de los padres, incentivos dirigidos, especialmente, a las empresas para que promuevan entre sus trabajadores el uso del permiso parental.

---

[622] El Instituto de la Mujer, en "Mujeres en cifras, 1997", recoge en estadística elaborada por dicho Instituto a partir de los datos de la encuesta de población activa, III Trimestre de 1996 (Instituto Nacional de Estadística), conforme a la cual del total de la población ocupada en España en el referido trimestre a jornada completa (11.580.200 personas), muestra que las mujeres representaban el 31,50%; y del total de la población ocupada a tiempo parcial en ese mismo trimestre (938.900 personas), las mujeres constituían el 75,16%. Asimismo, en "Mujeres en cifras" del Instituto de la Mujer correspondiente al año en curso (2004), resulta que, según la estadística elaborada a partir de datos de la encuesta de población activa correspondiente al primer trimestre del año 2004 (Instituto Nacional de Estadística), del total de la población ocupada asalariada a tiempo parcial en dicho trimestre (1.242.300 personas), las mujeres representan el 81,94%. Estos datos permiten concluir que, en efecto, el contrato a tiempo parcial es una institución que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino, por que el sistema de seguridad social formulado para contratos a tiempo completo se puede convertir en un instrumento de discriminación indirecta prohibida por el artículo 14 CE.

[623] Las sentencias 28 /1992 y 25/1995 siguen la línea planteada por la STC 128/87, y, así, afirman, "*la diferencia reside en que existe una innegable mayor dificultad para la mujer con hijos de corta edad para incorporarse al trabajo, o permanecer en él, dificultad que tiene orígenes muy diversos, pero que coloca a esta categoría social en una situación de hecho claramente en desventaja respecto a los hombres en la misma situación. En tanto, pues esta realidad perdure, no puede considerarse discriminatorias las medias tendentes a favorecer el acceso al trabajo de un grupo en clara desigualdad social, facilitando el acceso al empleo, a guarderías y que traten de evitar una práctica social discriminatoria que se traduce en un aparcamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños. Pero, estos pronunciamientos deben ser prudentes, porque pueden ser contraproducentes a los intereses de las mujeres".*

Esta propuesta se hace esencial tras un análisis de la Memoria del Consejo Económico y Social, "*Sobre la situación socioeconómica y laboral en España*", de 2003. Así, en cuanto al índice de padres que han solicitado el permiso para el cuidado del recién nacido/a durante el año 2000 fue del 0,9% de varones, en el 2001 los disfrutaron el 1,2% de los padres, y en el año 2002 fue solicitado por 3.330 varones que suponen el 1,4% de los hombres, de forma análoga en el año 2003 fueron 1,6% de varones que suponen 3.762 de un total de 239.858 permisos, siendo el 98,4% solicitados por las mujeres.

Año	Porcentaje de Mujeres que han solicitado el permiso de maternidad
2000	99,03%
2001	98,69%
2002	98,52%
2003	98,46%

Dicho de otra forma, las mujeres con permiso maternal desde 1996 a 2000 pasó de 125.000 a 190.000, las sustituciones a trabajadoras con permisos de maternidad fueron en 1998 de 19.260 en el 2000 se incrementó a 37.241. El número de padres que hacen uso del derecho al permiso de paternidad es escaso, todavía son pocos los padres que solicitan estos permisos para cuidar de forma intensa a sus hijos/as recién nacidos. Los permisos parentales disfrutados por los varones han subido en un casi 21% durante el año 2004 en comparación con el mismo período del año anterior, aunque, aun así, las madres suponen 205.091 siendo un avance anual del 4,29%, por el contrario, la proporción de padres que piden la baja parental ha pasado del 1,41% al 1,63%[624].

Estos datos muestran que el incremento es muy parcial y prácticamente imperceptible, y esta situación invita a la reflexión sobre las deficiencias de la actual regulación de la protección establecida para esta situación de necesidad. Al propio tiempo, que sirve de ejemplo, que la población ocupada que no trabajo en la semana de referencia durante el IV trimestre del 2004 por motivos ajenos a las responsabilidades familiares suponen el 47,47% de las mujeres, pero en cambio cuando esta referencia es motivada por la utilización del permiso de maternidad, las mujeres representan el 69,6%[625].

[624] *Sur, 2 de noviembre de 2004*.
[625] Fuente: Instituto de la mujer. www.mtas.es/mujer/mcifras/htm

En conjunto la regulación de la protección por maternidad debe ser considerada como positiva, pero la realidad descubre que los resultados no son los pretendidos, puesto que tal como se mencionó, las estadísticas revelan que el permiso parental no es una decisión habitual en los padres, ello cuando paradójicamente muchos de los padres que utilizaron el permiso parental volverían a ejercitarlo. De ese modo, la reforma debería ir encaminada a proponer al permiso parental de forma independiente e individualizada para ser ejercido por los padres, y diferente de la protección dispensada a las trabajadoras. Con esta posibilidad supondría un derrumbe de los argumentos sobre el coste que para el empresario/a supone las trabajadoras que ejercen la maternidad, ya que los hombres, también, serían eventuales beneficiarios de los mismos.

Con excepción en el caso de fallecimiento de la madre que se atenderá a lo establecido por el reseñado RD 1335/2005, de 11 de noviembre, el estatus de la madre es determinante al exigir que la madre y el padre trabajen. Aunque se han suavizado los requisitos, porque en el caso de que la madre trabaje, pero no cumpla las obligaciones carenciales puede el padre percibir el subsidio del permiso de maternidad siempre que él acredite los requisitos de afiliación, alta y carencia. Sin embargo, la percepción será durante el periodo obligatorio de descanso, con lo cual se penaliza a las mujeres que han dado a luz al no reconocerles ingresos económicos durante esa situación, cuando forzosamente por ley se ven impedidas para trabajar al ver su contrato de trabajo suspendido de forma obligatoria tras el parto.

En consecuencia, la solución estaría en no exigir período de carencia al menos para el acceso al descanso obligatorio, y de esta manera se asimilaría al tratamiento establecido en los casos de adopción, acogimiento preadoptivo o permanente que se exige los requisitos al beneficiario/a de la prestación, pudiendo ejercerlo el padre o la madre de forma individualizada[626].

[626] Punto que no es exigible en el caso de la adopción, acogimiento al permitir a cualquiera de los padres disfrutar del permiso, porque se asimila como situaciones protegibles la adopción, acogimiento, tanto preadoptivo como permanente de un menor de seis años, y se incluye asimismo a los discapacitados, cuando se acredite una minusvalía en un grado igual o superior al 33%, de conformidad con el RD 1971/1999, de 23 de diciembre o que por sus circunstancias y experiencias personales, o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiares. Agravado por la situación de lagunas que quedan por solucionar en cuanto a la igualdad legal, tales como la no expansión de las prestaciones por parto múltiple previstas en el RD 1368/2000, de 19 de julio, a todos los supuestos de adopción dado que sólo están previstas prestaciones cuando el nacimiento es en España o en el extranjero, cuando los nacidos vayan a integrarse de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en España.

La responsabilidad de la UE en materia de conciliación de la vida familiar y profesional ha determinado que en la Cumbre de Barcelona se proyecte una serie de objetivos para el 2010, dentro de los programas europeos Equal (2002-2006), y NOW[627]. Así, se deberán extender servicios de atención a los niños/as, cifrando los mismos con guarderías para el 90% de los niños/as entre tres años y la edad escolar obligatoria, y para el 33% de los niños/as menores de tres años. Igualmente, se aprobarán medidas para facilitar el regreso de más madres al mercado de trabajo. Aun así, queda mucho por avanzar, puesto que los datos del eurobarómetro de 2003 indican que el 85% de los hombres de la UE dicen no haber pedido, ni piensan pedir un permiso parental, en el caso de España e Irlanda este porcentaje se eleva al 95%[628].

Esta prestación más emblemática en cuanto al principio de igualdad de sexos es la maternidad, con esta protección se trata de socializar un factor biológico diferencial, que supone que las mujeres por su capacidad para procrear sea objeto de discriminación por la carga psicológica y económica que tiene esta realidad biológica para muchos empresarios/as. La incorporación de las mujeres al mundo laboral se ha realizado siguiendo pautas políticas y socioculturales tradicionalmente masculinas, y frente a esa situación con esta nueva regulación se trata de convertir el binomio trabajo-familia en una realidad para las mujeres.

Como reseñamos en el capítulo segundo, el anteproyecto de la Ley de Garantía de igualdad entre mujeres y hombres tiene como objetivo establecer el permiso de los padres tras el nacimiento del hijo o hija, que será planteado con independencia del permiso que les corresponda a las madres. Si bien, en estos momentos está siendo objeto de estudio con los agentes sociales y económicos por lo que nuestras referencias serán a la legislación vigente.

De la misma forma, como ya señalamos en el acápite segundo, se aprueba el 7 de diciembre de 2005 entre el Ministerio de Administración Públicas y los sindicatos, el Plan Integral para la conciliación de la vida personal y laboral en la Administración, el Plan Concilia. Con este Plan se permite a los funcionarios de la Administración pública central disfrutar de un permiso de dos semanas de paternidad

[627] www.map.es
[628] Consejo Económico y Social, *Panorama sociolaboral de la mujer en España*, núm. 38, IV Trimestre de 2004.

por nacimiento, acogimiento o adopción de un hijo o hija. Asimismo, y enlazando con los apartados siguientes, las funcionarias podrán sustituir su permiso de lactancia de hijos o hijas menores de un año por un permiso adicional de hasta cuatro semanas.

5.2.4. Rasgos del permiso por lactancia: derecho de ambos progenitores

Con relación al derecho por lactancia, no debe de considerarse en el sentido estricto de alimentación natural, sino que debe de entenderse como un permiso que es concedido al padre o la madre con el fin de que ese tiempo diario se dedique al cuidado del recién nacido/a.

No obstante, en un reciente Informe de la OIT vinculado a la revisión del Convenio de la OIT núm.103 de 1952, sobre la protección de la maternidad, señala las ventajas de la lactancia materna para la salud de los hijos/as y la propia madre. Por eso, considera la OIT que desde los poderes públicos se deben adoptar medidas para incentivarla, pero este informe va más allá y considera que también es necesaria la colaboración de las empresas, pues "*la lactancia también, tiene sus repercusiones beneficiosas a nivel de empresa, (...) por el aumento de productividad que se deriva de una fuerza de trabajo saludable. Se destaca, además, que los programas de las empresas que brindan consejos prenatales y apoyo a la lactancia en el lugar de trabajo se consideran cada vez más como una inversión interesante en función de su costo, que sirve para incrementar la motivación de las empleadas, reducir al mínimo el absentismo y el movimiento de personal*".

En consonancia con estas consideraciones, ya la Recomendación de la OIT, núm. 95, de 1952 sobre la protección de la maternidad instó a las empresas a organizar instalaciones para que la lactancia de los hijos/as pudiera desarrollarse durante la jornada laboral, "*lo que se ha traducido en más de una veintena de países en la obligación de establecer un local especial para ella, cuando empleen un número mínimo de mujeres*"[629].

[629] CASTRO ARGÜELLES, A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, *Op. cit.*, pág.106. Citado por, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras, Op.cit.*, pág. 212.

A pesar de estas observaciones de la OIT, que deben ser tenidas en cuenta en el diseño de las políticas sociales de empresa, el permiso por lactancia se formula como un derecho ejercitable por ambos progenitores dentro de contenido normativo que concreta las reglas y principios que inspirarán la conciliación de la vida laboral y familiar. Así, una vez apartada del marco jurídico la tradicional relación "especial" entre madres e hijos/as, este derecho se extiende desde el concepto de cuidado del recién nacido/a, tanto para padres como para madres.

Sin embargo, los antecedentes de este permiso, tal como indicamos en el acápite cuarto, lo señalan como de los primeros derechos reconocidos dentro de la protección dispensada a las madres. De esta manera puede afirmarse que era un derecho de las mujeres que nacía ligado a la consideración de los cuidados de los hijos/as como responsabilidad de las madres, así como por el hecho de estar relacionado con la alimentación natural.

Los pronunciamientos del TC sobre esta cuestión fueron sistemáticos, porque consideraban que era un derecho establecido, dentro del constitucionalismo, por el ordenamiento jurídico para las mujeres de forma exclusiva. La STC 109/1993 de 25 de marzo, afirmó que el pago por el Banco Bilbao de cantidades correspondientes al período de disfrute de la lactancia estaba previsto únicamente para las madres, y que de ese modo, se encuadraban dentro de la acción positiva[630]. Por lo tanto, ni el artículo 37.4 ET, ni la concesión de estas cantidades eran discriminatorias para los padres, no vulnerando sus derechos, puesto que la maternidad, el embarazo y el parto son realidades biológicas que afectan a las mujeres, y se consideró que esta medida respondía a los parámetros de la acción positiva "*a la voluntad del legislador de compensar a las mujeres y por la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina".*

En este mismo sentido, el pronunciamiento de la jurisdicción constitucional en STC 187/1993, de 14 de junio, niega que tal derecho pueda ser ejercicio por el padre trabajador del Banco de Vizcaya, por cuanto no es un derecho reconocido para los hombres, aun a pesar de que como era el caso se alegaba que la alimentación no era natural, y que la madre, por motivos de distancia no podía acudir al cuidado

[630] En igual sentido, la STC 197/1990, STC 179/1990, STC 114/1992.

que la recién nacida precisaba[631]. El TC se pronunció considerando que no había ningún tipo de inconstitucionalidad en esta norma en orden al artículo 14CE, aunque se excluía de su ejercicio a los trabajadores, puesto que era un derecho otorgado a las madres, pudiesen o no dar una lactancia natural en este período, ya que el fin era permitirle a la madre que preste la atención especial que requiere el recién nacido/a, y por lo tanto, no se está en presencia de discriminación por razón de sexo. No obstante, la Ley 3/1989, de 3 de marzo regula, por primera vez, esta medida como derecho, tanto del padre como de la madre, pero el TC consideró que sólo tenía vigencia para situaciones posteriores a su entrada en vigor.

En suma, inicialmente, la jurisdicción constitucional consideró que esta protección se encuadraba en el artículo 9.2 CE, considerándola como acción positiva, reconocida como derecho de las mujeres por pertenecer las mujeres a un colectivo que había sido tradicionalmente discriminado, y que, por lo tanto, exigía protección diferenciada "*tratando de asegurar la igualdad efectiva de trato y oportunidades de la mujer y del hombre".*

Por esta razón, se busca proteger a las mujeres de las consecuencias negativas que tienen para sus derechos laborales la maternidad y el ejercicio de la lactancia[632].Sin embargo, debe de recogerse el voto particular que consideró que esta medida podía constituirse en un coste para el empresario/a, y desembocar en un incremento de la contratación masculina en defecto de la femenina. De esta manera, se erige en un factor de alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo[633].

---

631 El actor presentó el recurso de amparo contra la sentencia de la Magistratura de Trabajo número 3 de Vizcaya, ésta había declarado que sólo excepcionalmente tenía derecho el padre, citando a título de ejemplo como tales situaciones la de viudedad, crisis matrimoniales. Se consideraba, que en este caso no están suficientemente probadas las causas para el reconocimiento al padre de esta medida. El Tribunal Central de Trabajo dictó sentencia 23 de noviembre de 1987 en este mismo sentido, argumentando que el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores 8/1980, no deja lugar a dudas de su aplicabilidad solamente a las madres-trabajadoras.

632 www.tribunalconstitucional.es

633 Sobre el voto particular, se consideró que: "*Es doctrina consolidada de este Tribunal la de que, para que pueda estimarse vulnerado el principio constitucional de igualdad en la ley, se produzca la concurrencia de estos dos requisitos: de un lado, que exista alguna de las discriminaciones contempladas en el artículo 14 CE y, de otro, que la situación jurídico-material que originó dicha discriminación carezca de justificación objetiva y razonable. A nuestro parecer ambas circunstancias están presentes en el antiguo artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, objeto de esta Sentencia de inconstitucionalidad. En efecto, en su redacción originaria la norma tan sólo concedía el permiso de trabajo por lactancia a «las trabajadoras», con lo que se erigía en un motivo de discriminación por razón del sexo y por omisión con respecto a «los trabajadores», que se veían privados del derecho a dicho permiso de lactancia, la*

No obstante, el pronunciamiento del TC, también refleja sus consideraciones en relación con que estas medidas no podían constituirse en una diferenciación de tratamiento, que consolidase la inferioridad física de las mujeres o su mayor vocación (u obligación) a las tareas domésticas, que incluían la atención del recién nacido/a, puesto que estas medidas no harían, sino perpetuar desde una aparente protección la posición de inferioridad social de las mujeres en la población.

En consecuencia, se cuestionaba que este permiso sea por ley establecido únicamente para las mujeres, y por lo tanto, el derecho a la igualdad de mujeres y hombres del artículo 14CE y el derecho al trabajo del artículo 35 exigen una reforma legal. Esto es, el órgano de la jurisdicción constitucional se constituyó en adelantado de la actuación del poder legislativo a la que sin sustituirle ha servido de orientación y de interpretación, y al TC le ha correspondido cumplir con su función orientadora de los órganos políticos encargados de cumplir con sus obligaciones de proteger los derechos de las mujeres.

En la actualidad, el permiso por lactancia es un derecho que puede ser, de acuerdo al artículo 37.4 ET, disfrutado indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajen. De ese modo, deja de ser un derecho de las mujeres en razón del espíritu que inspira la normativa sobre conciliación de la vida laboral y familiar, y así, es un reconocimiento jurídico a la participación de los padres en las obligaciones del cuidado de los hijos/as, al margen del tipo de alimentación que se utilice.

---

cual, por poder ser artificial, posibilita que dicho permiso pueda ser ejercido indistintamente tanto por la madre como por el padre. Descontado, pues, el hecho diferencial biológico como causa justificante de dicha discriminación, la Sentencia pretende encontrarla en «compensar las desventajas reales que para la conservación de su empleo soporta la mujer a diferencia del hombre» (FJ 6), y aquí es en donde reside el motivo primordial de nuestra discrepancia, porque, si bien dicha finalidad tuitiva a lo sumo pudo encontrarse en los remotos orígenes de la norma frente a la situación anterior en la que no existía el derecho al permiso de lactancia así, en el artículo 168 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, desde el momento en que se instaura dicho derecho y se otorga exclusivamente a la mujer trabajadora aquella finalidad se vuelve contra ella misma, ya que a nadie se le oculta que, para un empresario poco escrupuloso con el principio de igualdad, siempre le será «más rentable» contratar a hombres que a mujeres trabajadoras, dado el incremento de los costes laborales que, por esta causa y por otras biológicas, las mujeres siempre ocasionan. Por esta razón, lo que en la norma impugnada aparece formalmente como una discriminación del varón, materialmente se convierte en una discriminación de la propia mujer, ya que el precepto, al no consagrar el principio de igualdad en el disfrute del permiso de trabajo, se erige en un factor de alejamiento de la mujer del mercado de trabajo, sin que contribuya a su emancipación de las tareas domésticas (STC 3/1993, fundamento jurídico 3.), y, por las mismas, debió el Pleno de este Tribunal haber declarado la inconstitucionalidad de dicha norma por violación del principio de igualdad (artículos 14 y 9.2 CE), tal como, por lo demás, no se le ha ocultado al propio legislador, quien certeramente ya modificó, mediante la Ley 3/1989, el precepto en el sentido de cohonestarlo con nuestra Constitución". www.tribunalconstitucional.es

Por otra parte, en relación con la duración de este permiso no sufre modificación alguna manteniéndose en una hora diaria que podrá distribuirse en dos fracciones, las mujeres por su voluntad podrá sustituir este derecho por una reducción de la jornada en media hora[634]. En este sentido, el caso de existir discrepancias con el empresario/a serán resueltas por la jurisdicción social en un procedimiento urgente y especial[635]. En la línea anteriormente mencionada, los Convenios Colectivos pueden establecer mejoras, y así como se ha indicado, en algún caso, la norma paccionada ha establecido una ampliación de la duración de este permiso[636]. Esta mejora debería también ser recogida por el propio ordenamiento jurídico, ya que el contexto sociolaboral actual de largas distancias entre el trabajo y el domicilio hace insuficiente la concesión de una hora a lo largo de la jornada, por lo que es lógico que se opte por reducir la jornada en media hora.

Además, la insuficiencia de la regulación de este permiso se vincula a la exigencia, nuevamente, de que las madres tengan el estatus de trabajadora para poder disfrutar del permiso. De tal manera, que si las madres no desarrollan actividad laboral en el mercado de trabajo oficial este permiso no sería concedido, en este caso entendiendo que las mujeres tienen la responsabilidad y el tiempo para el cuidado que el recién nacido/a requiere al margen de toda participación masculina. Este error vuelve a los estereotipos históricos de la norma de considerar a las mujeres obligadas a estas tareas por vocación. Por el contrario, si el padre no trabaja el derecho a la lactancia pervive.

Por otra parte, al igual que en el permiso de maternidad se plantea su relación con el disfrute de las vacaciones que de coincidir ambos derechos, la titular vería su contenido deteriorado por su

---

634 Convenio Colectivo de Repsol Química SA, -BOE 22/08/03-, establece que en el caso de que la trabajadora se encuentre disfrutando de permiso de lactancia podrá acumular la hora de lactancia (retribuida) a la reducción de jornada por cuidado directo de algún menor de seis años o minusválido físico, psíquico o sensorial, la posible reducción de la jornada es de un quinto a la mitad de la jornada.

635 Así, por ejemplo, la sentencia del TSJ de Cantabria, de 13 de julio de 1993 puede leerse: "*Pero tal facultad electiva (del trabajador/a) no es absolutamente incondicionada, sino susceptible de limitaciones provenientes de necesidades organizativas de la empresa razonablemente atendibles. Se hace preciso, pues, coordinar los intereses contrapuestos que pudieran surgir mediante ponderación de las respectivas razones en que se fundan, sin que en modo alguno pueda resultar frustrado, ni siquiera menoscabado, el derecho legal del trabajador (...)* ", BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *La Ley 39/1999 de la conciliación de la vida familiar y laboral, Op.cit*., pág. 63.

636 En este sentido, la STC 109/1993, de 25 de marzo afirma: "*El precepto cuestionado es una norma de la legislación laboral y no se refiere a la organización de la familia o al reparto de las responsabilidades entre el padre y la madre, sino a la regulación de las condiciones de trabajo".*

coincidencia en el tiempo. Pues bien, la norma no refleja nada al respecto, debiendo ser el armazón de la negociación colectiva donde se encuentre solución a este problema[637].

Igualmente, queda por resolver qué sucede en el caso de que la madre lactante esté en situación de riesgo laboral. La normativa citada, tanto europea como española establecen que la protección en materia de seguridad e higiene será también extensible a este período. Hubiese sido necesario la equiparación de esta situación a la que se produce con anterioridad al parto, por tanto es un grave error no incluir la mención adicional del lactante en tal protección, que sólo podrá venir dispensada del trabajo a través de la incapacidad temporal derivada de enfermedad común.

De esta manera, la incapacidad temporal se convierte en cajón de sastre y se traduce en la pérdida económica para la madre, dado que no comenzará a percibir prestación hasta el cuarto día, recibiendo el 60% de la base reguladora, y el 75% desde el decimoquinto día. Esta omisión del legislador de dar protección social a estas situaciones entra en contradicción con el artículo 26.1 de la LPRL, que establece que las mujeres recibirán protección cuando tras la evaluación se revele un riesgo que pueda repercutir en la lactancia.

Por lo demás, la regulación omite implementar la atribución de a quién le corresponde el pago de este período, es decir, al empresario/a o la seguridad social. En el caso de esta segunda opción, la lactancia se vería como un coste para el empresario/a, y de no incentivarse para que sea este derecho ejercido indistintamente por padres y madres podría ser ligado su ejercicio a las mujeres, perjudicando su posición en la empresa.

En síntesis, el aumento de la participación de las mujeres en la actividad laboral y su no renuncia a tener hijos/as exige la adopción de medidas por parte de los poderes públicos, máxime cuando en el 43% de los hogares españoles ambos cónyuges trabajan. De esta manera, se debe de tratar de incentivar para que este permiso por lactancia sea también un ejercicio habitual por parte de los padres, pues es uno de los avances precisos para la mejor conciliación de la vida familiar y profesional. A la par que

[637] Convenio Colectivo de Pastas Alimentarias -BOE 18/02/03-, el disfrute de la lactancia será independiente al disfrute de las vacaciones.

permite dar mayor efectividad a la igualdad de mujeres y hombres, y en consecuencia, junto con la mejora de su disfrute en duración y condiciones, un logro sería aquél que no lo determinase como un permiso automáticamente ejercicio por mujeres.

5.2.5. Fórmulas jurídicas para el cuidado de familiares: excedencias por cuidado de un hijo o hija y de familiares

La evolución del tratamiento jurídico de la excedencia por maternidad se ha ido desarrollando de forma positiva, aunque como vemos quedan cuestiones por subsanar. Así, la Ley 3/89, 3 de marzo, citada anteriormente, permitía la excedencia por cuidado de un menor de tres años, pero la reserva del puesto de trabajo sólo era durante el primer año de permanencia en esta situación. De esta misma manera, la Ley 4/1995, de 23 de marzo, también mantiene la reserva del puesto de trabajo durante el primer año, mientras que los dos años siguientes había tan sólo un derecho preferente a ocupar un puesto similar. Como se ha señalado, esta situación persiste en la actualidad en la citada LCVFL, porque la reserva se refiere al primer año de excedencia, y en los dos años siguientes existe, únicamente, una preferencia a ocupar un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente, como ya se ha referido previamente.

Así, debemos de señalar que esta excedencia se implementa como un derecho ejercitable por ambos progenitores. Igualmente, la regulación normativa realizada sobre la excedencia por maternidad refleja que la duración establecida para ejercer este derecho tiene un período máximo de tres años. A la par deben de distinguirse, dentro de esa duración, dos períodos, por un lado, el tratamiento otorgado al primer año de excedencia, y por otro lado, el tratamiento dispensado en los dos años siguientes.

De este modo, con relación al primer año de excedencia se considera a todos los efectos como que la persona estuviera en alta asimilada, ello en cuanto al acceso a las prestaciones - RD 356/91, de 15 de marzo y Ley 4/95, de 3 de marzo -. Porque, aunque esta última norma solamente hace referencia al desempleo, la misma no contiene una disposición derogatoria del artículo 180 de la LGSS que valora como cotizado el primer año, por eso, este primer año se consideraba como cotizado a los efectos de todas las prestaciones del sistema de seguridad social a los que podría acceder la persona trabajadora.

Esta consideración es ordenada por el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social, así, en el artículo 2 se reconoce que durante el primer año de excedencia será considerado como período cotizado a los efectos de las prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad. Esta consideración será tanto a efectos del cumplimiento del requisito exigido de cotización, de la base reguladora como del porcentaje para el cálculo de la prestación[638]. Además, en el párrafo segundo del artículo 2 de la norma citada se específica que cuando la excedencia para el cuidado de un menor y la unidad familiar de la que forma parte tenga la consideración de familia numerosa de categoría general, el período considerado como de cotización efectiva tendrá una duración de 15 meses, o de 18 meses cuando la familia numerosa tenga la consideración de categoría especial[639].

Sin embargo, tal consideración debía, de "lege ferenda", ser extensible a la totalidad del período de excedencia. Por lo demás, este primer año produce un derecho de la reserva del puesto de trabajo, y es computable a los efectos de antigüedad.

Por otro lado, el segundo y tercer año se computarán a efectos de antigüedad, así como la garantía durante ambos años de la reserva del puesto de trabajo, pero referido a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente, y es aquí donde se plantea una de las deficiencias que muestra la actual regulación de la excedencia por cuidado de un hijo/a[640]. No obstante, durante todo el período de excedencia, con la vigente normativa, se tendrá derecho a participar en los cursos de formación profesional a los que deberán ser convocados por el empresario/a, especialmente, con ocasión de su reincorporación.

---

638 BOE 22/11/2005.

639 RD 1368/2000, 19 de julio, (BOE 29/07/2000), de desarrollo de las prestaciones económicas de pago único por nacimiento del tercer o sucesivos hijos, y por parte múltiple. Así como la Ley 40/2003, 18 de noviembre, (BOE 19/11/2003), protección a las familias numerosas.

640 STJ de Aragón, 26 de febrero de 1992, si bien para otra línea judicial sí se debía considerar como período cotizado esto es, las STJ de Cataluña, de 14 de febrero de 1994, (AR 557), STJ de la Comunidad Valenciana, de 9 de febrero de 1994, (AR 786), así como la limitación de período cotizado únicamente el primer año en la STJ de Baleares, de 27 de mayo de 1992 (AR. 2331).

En efecto, no existe obligación del empresario/a de reserva del puesto de trabajo, pero sí puede éste ser beneficiario de las bonificaciones previstas para la contratación en interinidad, cuando ésta se realice para sustituir a la persona que solicita la excedencia por maternidad durante tres años. Esto es, la disposición adicional 14 ET establece que la formalización de un contrato para sustituir a un trabajador/a en situación de excedencia por cuidado por maternidad, tendrá derecho a la aplicación de una bonificación de la cotización del empresario/a a la seguridad social, especificada en la cotización a contingencias comunes de un 95% durante el primer año, de un 60% el segundo año y el tercer año será de un 50 %.

En relación con estas bonificaciones, no se explica que se financie con erario público estas bonificaciones, y no se obligue en estos casos a la empresa a la reserva del puesto de trabajo durante los tres años. Al mismo tiempo, que esta regulación de falta de reserva del puesto de trabajo es un quebranto del contenido de la Directiva comunitaria señalada, en cuanto a que se prevé el respeto y garantía de los derechos adquiridos, o en vía de adquisición durante ese período por el trabajador/a. Por eso, España ha infringido la exigencia de establecer los mecanismos para mantener tales condiciones sin modificaciones de los derechos económicos hasta el final del mismo.

En suma, esta excedencia distingue dos períodos que incitan a que se solicite con cierta habitualidad la misma durante el primer año, pero que durante el segundo y tercer año las solicitudes se produzcan en menor número al existir limitaciones de los derechos sociales y laborales. Eso es, en razón de la reserva del puesto de trabajo, y no computarse este período a efectos ni de cotización, ni a efectos de ser considerado asimilado al alta. Dicho de otra manera, la protección otorgada a esta excedencia determina que se disfrute el primer año que hay reserva de empleo y mayor efectividad en materia de seguridad social, mientras que en menor medida se ejercitará la excedencia durante los dos años siguientes.

Con relación a su extensión subjetiva es un derecho ejercitable por el personal laboral, tanto indefinido como temporal, así como a funcionarios/as[641]. Así, se manifestó el TC en la sentencia 240/1999, de 20 de diciembre de 1999 resolviendo que se debe de reconocer el derecho de una funcionaria interina a la excedencia por el cuidado de hijos/as, puesto que de lo contrario se estaría en presencia de discriminación indirecta, trato diferenciado injustificado y situación desventajosa para las mujeres. Se justifican las resoluciones, ya que las mujeres son quienes mayoritariamente piden las excedencias, siendo una realidad social que mayoritariamente son las mujeres las que en la práctica se ven en la necesidad de solicitar la excedencia para el cuidado de los hijos/as, si no se les concede por ser interinas, éstas se verían obligadas a salir del mercado de trabajo.

La labor del TC ha determinado en sentencia 203/2000, de 24 de julio de 2000, que el ejercicio de este derecho es independiente de la duración del contrato. Así, en este caso se trataba de una facultativa médica interina que solicitó excedencia para el cuidado de su hijo menor de tres años; esta solicitud es denegada en razón de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública por no ser personal fijo de plantilla. El pronunciamiento constitucional otorga amparo reconociendo su derecho a un trato en igualdad de condiciones con el resto de los trabajadores/as, a tenor del artículo 14 CE.

El argumento constitucional se puede generalizar en cuanto a que la excedencia no se puede denegar sobre la base de la temporalidad y provisionalidad de la relación contractual, primero, porque no se entiende justificado el distinto tratamiento dispensado entre el personal de la Administración. En segundo lugar, el TC fundamenta su decisión en una cuestión ya conocida con relación a la posición de las mujeres en el mercado de trabajo, puesto que la precariedad en el empleo es una característica laboral que define los contratos de las mujeres-trabajadoras. Por ello, su negativa a poder disfrutar de tal derecho afectaría en mayor número a las mujeres y se verían discriminadas doblemente, por ser mujer y

[641] Las referencias de las excedencias son extensibles a la función pública, con la particularidad de la consideración que el primer año es computable a efectos de trienios, consolidación del grado personal y derechos pasivos, posteriormente la vuelta será a un puesto de la misma localidad, y de igual nivel y retribución. Se amplia el plazo de permisos por nacimiento, acogimiento, o adopción de un hijo/a y por fallecimiento, accidente o enfermedad graves de un familiar dentro del primer grado de consaguinidad o afinidad, de tres días hábiles cuando el suceso se produzca en la misma localidad, y cinco días cuando sea en distinta localidad, si es de segundo grado será dos y cuatro días, según la distancia.

por tener un contrato precario. Como resultado, el TC ha venido considerando que en estos supuestos se estaría ante una discriminación de género.

Sin embargo, la regulación de la conciliación familiar y profesional para los funcionarios públicos excluye la excedencia de su aplicabilidad a los contratos a tiempo parcial -Ley 30/1984, de 2 de agosto de medidas para la reforma de al función publica-.

Por otra parte, con relación a la duración de esta excedencia estipulada en un período máximo de tres años. De esa manera, de acuerdo a la regulación actual de esta excedencia, el cómputo para la excedencia por cuidado de hijo/a se inicia con el nacimiento del menor, por lo que se integra en la excedencia el disfrute del permiso por maternidad. En consecuencia, la excedencia no se disfrutará hasta transcurridas las dieciséis semanas correspondientes al permiso por maternidad, de esa forma, el período de excedencia se ve en la realidad reducido en tal período. Es decir, esta regulación supone un acortamiento de la excedencia por maternidad, ya que debido a la limitada regulación de esta situación, la realidad impone agotar el permiso por maternidad e iniciar a posteriori el período de excedencia, pues al menos durante el primero año hay mayores garantías sociales.

Asimismo, para la defensa de los plenos derechos sociales en el marco de la conciliación de la vida personal y profesional, lo más lógico sería en función de la actual regulación de la materia, que el padre sea en primer lugar quien disfrute de la excedencia, y luego, la madre transcurrido el permiso de descanso obligatorio, porque, así, ambos progenitores no perderán ninguno de sus derechos económicos y darán plena efectividad a los permisos utilizados para el cuidado de su descendencia.

En consonancia con lo anterior, la duración máxima es de tres años, mientras que la Directiva 96/34/CEE recoge una previsión para esta excedencia de hasta ocho años. Algunos países europeos regulan la posibilidad de permisos no retribuidos en los términos fijados por esta Directiva, es decir, ocho

años es el límite fijado en la normativa de conciliación de países como Dinamarca, Bélgica (en el sector público puede llegar hasta 10 años), Países Bajos, Italia, y Suecia (en la modalidad a tiempo parcial)[642].

Precisamente, de nuevo son los Convenios Colectivos, el instrumento utilizado para mejorar la protección de esta situación de excedencia por cuidado de menores. Aunque hasta el momento estas mejoras paccionadas carecen de relevancia, salvo escasas excepciones, la referencia en el Convenio Colectivo de Centro de asistencia y educación infantil que establece que la excedencia se computará desde la fecha de la finalización de la baja por maternidad o del disfrute del descanso de las vacaciones, porque en el caso contrario, la excedencia se vería reducida en su duración máxima[643].

En efecto, la excedencia es en la actualidad uno de los instrumentos más positivos para la conciliación de la vida familiar y laboral. Sin embargo, al igual que el resto de las prestaciones sociales implementadas en el marco legal de la conciliación, el ejercicio de esta excedencia no es habitualmente solicitada por los hombres. Esta necesidad se plantea al margen de las citadas deficiencias que se detectan en la regulación, aunque, también cabe que los negativos resultados estén derivados de estas insuficiencias jurídicas. De cualquier manera, lo cierto es que la excedencia sigue siendo un derecho ejercitado por mujeres. En definitiva, es la feminización de esta excedencia.

---

[642] Novedad es el Convenio de la OIT, núm. 156, de 23 de junio de 1981 sobre los trabajadores con responsabilidades familiares en su artículo 3.1 admite "*la excedencia por cuidado de hijos o familiares a tiempo parcial hasta que el menor cumpla ocho años".*

[643] Convenio Colectivo de Centro de Asistencia y Educación Infantil, -BOE 25/01/00-, establece la consideración jurídica de la excedencia por el cuidado de hijos y de otros familiares necesitados de atención, como excedencia forzosa. Destaca que la excedencia se computará desde la fecha de finalización de la baja por maternidad o del disfrute del descanso de las vacaciones, porque en el caso contrario la excedencia se ve reducida. Reconocida la excedencia forzosa para la atención del cónyuge o de familiares enfermos dentro del primer grado de consanguinidad. La excedencia no podrá ser superior a 12 meses. Convenio Colectivo de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias auxiliares, -BOE 19/01/00-. Pastas Alimentarias, -BOE 18/02/03- concede la excedencia de tres meses a un año, para cuidado de familiar de primer grado con el que conviviese en el caso de enfermedad grave o incapacidad, se computa el período a efectos de antigüedad y reserva del puesto de trabajo, además, un día por asuntos propios. En la Comunidad de Cataluña el Decreto Legislativo 1/1997 recoge en el artículo 86.b) la excedencia voluntaria para cuidar a un hijo, entendiéndola como el cese temporal de la relación de trabajo sin derecho a percibir ningún tipo de retribución, tal derecho no puede pasar de tres años, para cuidar a un hijo/a natural o por adopción, a partir del día del nacimiento o de resolución. Los hijos sucesivos dan derecho a un nuevo período de excedencia, que pone fin al que se estaba disfrutando, si el padre y la madre trabajan, sólo uno de ellos puede ejercer el derecho. El tiempo de permanencia se computa a efectos de trienios, consolidación del grado personal del sistema de previsión o derechos pasivos, durante el primer año de cada período los funcionarios en esta situación tienen derecho a reserva del puesto en un lugar de la misma localidad, y con igual nivel y retribución. Asimismo, a sus funcionarias se les permite la reducción de jornada, pero no de sueldo, en un tercio durante ocho meses tras el permiso de maternidad.

En relación con las causas que provocan esta situación son muy variadas, pero, usualmente, junto con todo lo indicado, se argumenta la temporalidad contractual y los menores ingresos salariales de los que son titulares las mujeres, y ello hace que los progenitores decidan prescindir con más facilidad de los recursos derivados del trabajo femenino, y sin soslayar que es una función socialmente asignada a las mujeres, porque obviamente la persistencia del patrón cultural que asigna a las mujeres. Es decir, la responsabilidad de cuidar de los hijos/as es la razón para que sean las mujeres quienes con mayor frecuencia opten por ser ellas las solicitantes de la excedencia.

Esto es, aunque la regulación de este derecho nace con clara voluntad de ser un derecho ejercitable, tanto por el padre como por la madre, los índices muestran que si bien, es un derecho que desde el año 2000 ha ido en incremento el número de solicitudes, en el caso de las mujeres se aprecia que siguen siendo las principales titulares de excedencias por motivo del cuidado de un menor[644].

AÑO	TOTAL	Mujeres	Hombres	% de Mujeres
2000	8.330	8.007	332	96%
2001	10.163	9.800	363	96,4%
2002	12.694	12.206	488	96,15%
2003	13.874	13.377	502	96,41%

Por todo ello, consideramos que conjuntamente, con una modificación de su tratamiento legal se hace preciso al igual que con el resto de las medidas de conciliación, el establecer instrumentos que incentiven su ejercicio por parte de los varones para que dejen de ser “derechos ligados a las mujeres”.

[644] Instituto de la Mujer. Elaboración propia a partir de los datos del INSS. www.mtas.es/mujer/mcifras/htm

Considerado como un importante avance, el señalado Plan Integral para la conciliación de la vida personal y laboral en la Administración, establece que durante los dos primeros años de excedencia por maternidad se reservará el derecho del funcionario o funcionaria a regresar al mismo puesto de trabajo, y a partir del tercer año se garantiza un puesto en la misma localidad, de igual nivel y retribución.

En esta misma medida, la *excedencia por cuidado de familiares* es una respuesta a la necesidad de crea protección a los estados de necesidad de personas dependientes que precisan de ayuda, y que es otorgada por sus familiares. Con estos permisos se busca que los trabajadores/as puedan seguir trabajando sin abandonar sus responsabilidades familiares, especialmente, importante esta compatibilidad cuando los datos muestran que la Europa del futuro tendrá una población netamente envejecida.

Por esta razón, la LCVFL prevé durante un año la posible excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado inclusive por consanguinidad y afinidad, es decir, se podrá solicitar cuando por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida[645]. Esta posibilidad es respuesta a las reclamaciones de los familiares de enfermos de larga duración - especialmente reivindicada por los familiares de enfermos/as de Alzeimer -[646]. Aunque el reducido plazo de posible excedencia con reserva de puesto de trabajo es una de las deficiencias de la norma que regula esta medida de conciliación, y por eso, el futuro de este instrumento social debería ir dirigido a incrementar la duración máxima de excedencia por cuidado familiar. El tratamiento es análogo a la excedencia forzosa, esto es, se reserva el puesto de trabajo[647].

---

[645] El citado Plan Concilia de 2005, MAP y los sindicatos, establece que la excedencia para los funcionarios y funcionarias por cuidado de un familiar a su cargo hasta segundo grado de consanguinidad, que tendrá un tratamiento similar a la excedencia por maternidad.

[646] BALLESTER PASTOR: "*Cuando se ha planteado ante los Tribunales quién es el sujeto competente para la determinación horaria de los permisos relacionados con el cuidado de los hijos (particularmente la lactancia y la reducción de jornada) se ha reconocido la prioridad del trabajador/a con responsabilidad familiares".* Aspecto confirmado por las sentencias del TSJ de Navarra, de 21 de enero de 1994, ST del TSJ del País Vasco, de 1 de diciembre de 1994 y la STSJ de Cantabria, de 13 de julio de 1993, BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *La Ley 39/1999 de la conciliación de la vida familiar y laboral, Op. cit.,* pág.64.

[647] Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras II", *RL*, núm. 5, 2000.

No obstante, ante la insuficiencia que muestra la regulación de esta situación se recurre de nuevo a los Convenios Colectivos, para que sea este ámbito de la negociación colectiva el que subsane estas lagunas legales. Así, se promueve que sea la norma paccionada y la propia cultura de la empresa quienes complementen los beneficios sociales por excedencia derivada del cuidado de familiares[648].

Por otra parte, la regulación de esta excedencia tiene una deficiencia jurídica puesto que este período no se considera como período asimilado al alta a efectos del desempleo, consideración que tiene como se señaló en el caso de la excedencia por maternidad, a tenor del artículo 4 de la Ley 4/95, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad -BOE de 24/03/1995-. Aunque, sí tiene tal calificación en el caso de otras prestaciones sociales de acuerdo al artículo 16 del RD 356/1991.

En el mencionado el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la seguridad social, en el artículo 2 se reconoce que durante el primer año de excedencia por cuidado de un familiar, hasta segundo grado de consaguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida será considerado como período cotizado a los efectos de las prestaciones de la seguridad social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad, consideración que alcanza tanto al requisito de cotización como de formulación de la base reguladora y en su caso, cálculo del porcentaje[649].

---

[648] Federación de farmacéutica Soc. Coop. -BOE 04/01/00-, establece que la misma excedencia del cuidado de hijos/as se prevé para atender alguna persona que se tenga al cargo y que se halle enferma. En términos similares de mejora de esta situación, Convenio Colectivo de Artes Gráficas, Manipulados de Papel, Manipulados de Cartón, Editoriales e Industrias auxiliares, -BOE 19/01/00-; Convenio Colectivo del ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas -BOE 25/10/00-, amplia la duración por el cuidado de familiares equiparándola a la excedencia por cuidado de hijos/as; Convenio Colectivo de Granjas Avícolas y otros animales -BOE 01/03/01-, reconoce la excedencia forzosa en los casos que sea solicitada por atender a la protección de un familiar, de segundo grado por afinidad o consanguinidad su incorporación será inmediata al puesto de trabajo con el cese inmediato del interino que sustituye al trabajador/a. Convenio Colectivo de Organización del Bingo -BOE 30/01/02-, permite la excedencia de tres años para el cuidado del cónyuge, personas con las que se conviva o familiar hasta segundo de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad que no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, tendrá un período mínimo de tres meses. Convenio Colectivo del Comercio de Flores y Plantas -BOE 28/07/03-, prevé la excedencia por cuidado de familiares hasta el segundo grado por afinidad o consanguinidad, la excedencia podrá ser de hasta tres años con un tratamiento análogo a la excedencia por maternidad.

[649] BOE 22/11/2005.

La justificación de la necesidad de la regulación de esta excedencia se implementa en cuanto a que estas situaciones eran causa que desemboca, frecuentemente, en la obligación de abandonar sus puestos de trabajo ante la imposibilidad de afrontar el cuidado constante del familiar y hacerlo compatible con la continuidad de la carrera profesional. La asignación social del papel de cuidadora era adjudicada a las mujeres, y por ello, es, habitualmente, que sean las mujeres quienes ceden en sus aspiraciones profesionales.

Vale decir, en Andalucía, las mujeres dedicadas a este cuidado suponen el 36,0%, Navarra el 36,4%, y al mismo tiempo que en Cantabria suponen el 35,9%. Estas tres Comunidades son las autonomías sobre las que recae en mayor proporción el cuidado de las personas mayores impedidas sobre las mujeres de las familias, pero, también hay un alto porcentaje de hombres que colaborará en tales tareas. Por el contrario, los hombres gallegos son los que sólo en un 4,5% se encargan del cuidado de los padres y madres ancianas, frente al 31,7% de las mujeres gallegas que se dedican a tales atenciones[650].

Por estas causas, esta situación hace necesario socializar, y, de ahí, la exigibilidad de la intervención pública para evitar que las mujeres se vean afectadas por este tradicional papel social, que les impone el sacrificio de sus deseos e intereses profesionales a favor de los intereses de los demás. El Estado social está obligado a mediar jurídicamente en las reglas de juego para evitar el desmedro de los derechos de las mujeres durante la maternidad, y así como reforzar la protección jurídica constitucional de las mujeres. Insoslayablemente, también se hace precisa la colaboración de la igualmente responsabilidad constitucional sobre esta materia por parte de los agentes sociales y económicos en orden a mejorar la protección ordenada en esta situación.

Por eso, la labor de los poderes públicos debe implicar una vigilancia de sus derechos sociales para que no se vean afectados por aparentes decisiones "voluntarias" de las mujeres, porque encierran decisiones obligadas por la tradición social que considera responsables a las mujeres del cuidado de la familia. Ésta es una de las principales causas de que las medidas de conciliación no tengan los

[650] IMSERSO: Informe 2002, "*Las Personas Mayores de España*". www.mtas.es

resultados que se buscaron en su desarrollo legal, porque el trasfondo de esta decisión está la persistencia del patrón cultural basado en la tradicional división de funciones sociales entre hombres y mujeres, que incluye la atribución en exclusiva a las mujeres de las habilidades "cuidadoras"[651]. También, en gran parte se debe su decisión a la mayor su precariedad laboral de las mujeres que determina que ante las diferencias salariales se opte por aquellas de mayor cuantía, hasta el momento lo general es que sean las del varón.

Asimismo, se hace preciso plantearse una serie de modificaciones sociales para las mujeres que no se encuentran en el mercado de trabajo, esto es, una de las reivindicaciones de la individualización de los derechos sociales seria proteger esta situación, que ejerce una función social con el cuidado de un familiar. Esta circunstancia reclama un tratamiento, tanto social como fiscalmente y de alguna forma habrá que reconocer este trabajo no remunerado a efectos de acceso al sistema social. Esta cuestión debería haber sido afrontada en la citada norma, y hubiera permitido que por primera vez se reconociese socialmente la importancia de estas labores, y así, reconocer derechos propios en el acceso a las prestaciones del sistema de la seguridad social.

En resumen, el constitucionalismo social tiene la responsabilidad de avanzar en las modificaciones de estas situaciones con la incorporación de medidas, que mejoren la regulación establecida por dar cobertura a estas situaciones de necesidad. A la par se deben de acompañar de instrumentos para que tanto la excedencia por maternidad como la excedencia por cuidado de familiares sean ejercidas por hombres y por mujeres, sin que sean las mujeres las únicas que por el ejercicio de estos derechos vean interrumpidas sus carreras profesionales con las consecuencias sociales y económicas que ello supone, porque los valores imperantes en el mercado de trabajo son lacerantes para las mujeres que interrumpen su carrera profesional por motivos personales.

El fututo Libro Blanco sobre la Dependencia fue entregado al Congreso de los Diputados, 20 de enero 2005, y cuya elaboración por el Instituto de Migración y Servicios Sociales pretende diagnosticar y

[651] En España, la distribución de cuidadores es la siguiente: el 60% son hijas, nietas y nueras (25,8% hijas y 7,8% nietas), el 14,6 % hijos y nietos 5,4%, nueras o yernos el 21,5%, IMSERSO: Informe 2002, "*Las Personas Mayores de España".* www.mtas.es

analizar los problemas directos e indirectos de las personas afectados de discapacidad grave, así como personas pertenecientes a la tercera edad, se estima que casi dos millones y medio de personas padecen discapacidades para la realización de las actividades de la vida cotidiana y un millón y medio precisan ayuda para las tareas domésticas[652]. Siendo uno de los puntos recogidos la incidencia de esta situación en las mujeres, puesto que las mujeres son las principales cuidadoras de estas personas dependientes en un 83%, estando la edad medida de las mujeres cuidadoras de 52 años, y destacando que tres cuartas partes de las cuidadoras no desarrollan ninguna actividad laboral, y solo el 6,5% de las familias cuentan con el apoyo de servicios sociales[653].

Igualmente, se reconoce que la sociedad todavía impone a las mujeres la obligación moral de estos cuidados, y continúa estando adscrita a las mujeres como parte del rol de género, sigue siendo "cosa de mujeres". Por eso, entre los principales puntos del futuro sistema se considera que es esencial involucrar a los varones en la atención a estas personas, la universalidad de las distintas prestaciones previstas de carácter público, e igualdad en el acceso, las prestaciones serán preferentemente servicios (ayudas técnicas, ayuda a domicilio, teleasistencia, plazas residenciales..) antes que índole económica, también se prevé la participación de las diferentes Administraciones públicas y de los propios usuarios, y manteniendo la posible compatibilidad con conciertos con entidades privadas.

Se considera que toda política de apoyo a los cuidadores y cuidadoras debería tener en cuenta la distribución desigual de la responsabilidad y cargas que supone el cuidado de las personas dependientes en la sociedad, tanto en el ámbito familiar como público. Dicho de otro modo, estas políticas deberían ir enfocadas a la eliminación de las desigualdades de género existentes en esta materia y fomentar el equilibrio entre las responsabilidades de los varones y de las mujeres.

---

652 El Consejo de Europa en el año 1998, considera que el concepto de dependencia alude "*a aquel estado en el que se encuentran las personas que, por razones ligadas a la falta o la pérdida de autonomía física, psíquica o intelectual, tienen necesidad de asistencia y/o ayudas importantes a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria y, de modo particular, los referentes al cuidado personal*". Entre las actividades de la vida diaria a que se refieres esta definición se distinguen habitualmente de dos tipos: las básicas o de cuidado personal y funcionamiento físico; y las instrumentales, asociadas con interacciones más complejas con el entorno, como la realización de tareas domésticas, las compras o la administración. Consejo económico y social, *Panorama sociolaboral de la mujer en España,* núm. 40, II Trimestre de 2005.

653 SALAZAR, JAVIER, "Libro Blanco de la Dependencia", *Minusval, Observatorio de la Discapacidad*, 2005.

Asimismo, el Proyecto de la Ley de Atención a las Personas Dependientes pretende desde el consenso con los agentes políticos, sociales y el sector privado es una respuesta a las necesidades reales de la población española. Considerando que la sociedad de igualdad de oportunidades es un derecho de todas las personas y una obligación de los poderes públicos. Se trata de que la sobrecarga que supone el cuidado de estas personas se atenúe, máxime cuando son las mujeres las principales responsables, que han venido y continúan asumiendo en la actualidad la carga de la atención a personas minusválidas, y ancianos y ancianas, repercutiendo en su desarrollo personal (en el plano de la salud, las mujeres se ven afectadas en un 58% frente al 40% de los hombres, siendo las mujeres las que registran mayor cansancio en un 26,4% y se ven afectadas en un 19% por la depresión), y profesional (el 30% de las mujeres frente al 10% de los hombres no pueden ni siquiera plantearse trabajar fuera del entorno doméstico debido a sus responsabilidades con los mayores), relaciones sociales, disponibilidad del propio tiempo (el 80% de las mujeres ha tenido que reducir su tiempo de ocio, tiempo libre y vida familiar) y repercusiones económicas[654].

De ahí, la importancia del apoyo a las familias cuidadoras incrementándose el apoyo con servicios públicos, e implicando a todos los miembros de la unidad familiar, además, de incluir a las mujeres de mediana edad que han tenido experiencia acreditada en atender a personas en situación de dependencia en planes de formación y en programas de apoyo a la creación de cooperativas o empresas de economía social que se dediquen a la prestación formal de cuidados a personas con discapacidad grave o personas pertenecientes a la tercera edad.

5.2.6. Sobre el reconocimiento de permisos y licencias con el objeto de compatibilizar cuidados familiares y trabajo

La realidad muestra que cada vez en mayor porcentaje ambos miembros de la pareja trabajan, pero la responsabilidad de la familia sigue siendo de las mujeres que son las principales responsables de la atención que el cuidado de los hijos/as y familia pudiera requerir. Vale decir, que los hombres dedican

[654] GARCÍA-CALVETE, MARÍA DEL MARY y MATEO-RODRÍGUEZ, INMACULADA, y EGUIGUREN, ANA P., "La salud y el sistema sanitario desde la perspectiva de género y la clase social. El sistema informal de cuidados en clave de desigualdad", *Gac Sanit 2004;18 (Supl 1):132-9.*

sólo 20 horas a la semana al cuidado de familiares, mientras que las mujeres a la semana dedican a estas tareas 60 horas[655].

Los permisos justificados para las diferentes situaciones cotidianas, que guardan relación con la atención a la familia son el instrumento para conseguir la igualdad de mujeres y hombres a través de la conciliación de la vida familiar y laboral, pero, que de nuevo, deben ser determinantes para que sean ejercidos también por el padre y no solamente por las madres. De esta forma, se enfrentaría a las realidades biológicas que afectan a las mujeres condicionándolas para continuar con la tradición de ser ellas las que ejercen sus obligaciones de atención a la familia.

En primer lugar, el artículo 37.3.b) ET reconoce un permiso a los trabajadores/as en el supuesto de hospitalización del recién nacido/a, así como que en estos supuestos se permite que la percepción del subsidio por maternidad y descanso correspondiente pueda interrumpirse. Si bien, tal ejercicio de interrupción deberá llevarse a cabo tras el período de descanso obligatorio de la madre, a la vez que se posibilita su reanudación tras el alta médica por el resto del período de descanso que no haya sido disfrutado anteriormente. Igualmente, en estos casos se tendrá derecho a una reducción de jornada de hasta un máximo de una hora retribuida. No obstante, se advierte que podrá ampliarse a dos horas, sin embargo, en este supuesto el permiso pierde su carácter retribuido -artículo 37.4 bis ET-[656].

En segundo lugar, se reconoce el derecho a la reducción de la jornada entre un tercio y máximo de la mitad de la misma con motivo del cuidado de un hijo/a menor de seis años o un minusválido físico, psíquico o sensorial. Esta opción se podrá llevar a cabo en los términos que se establezcan en la ley o en la negociación colectiva; este permiso podrá ser mejorado por la norma paccionada. Esta posibilidad de reducción de la jornada es ejercitable por el padre o por la madre, y en el caso de conflicto con el

[655] Consejo Económico y Social, "*II Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral Española*", 10 de diciembre de 2003. www.ces.es

[656] SRA. RIVADULLA GRACIA dice "*En el caso de que el recién nacido o la recién nacida tenga que permanecer hospitalizado u hospitalizada por causas de enfermedad no se contemplen dentro de las 16 semanas. Parece muy lógico pensar que bastantes problemas va a tener la familia teniendo al niño o la niña, si ha nacido prematuro o con dificultades, en una incubadora u hospitalizado, y puede ser que esos días cuenten como en el caso de un nacimiento sin problemas. Creemos que ahí debemos tener una sensibilidad para hacer que esos no sean contabilizados*", Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 739, 1999, pág. 21514.

empresario/a será resuelto por un procedimiento procesal de carácter especial y urgente -artículo 37.5 ET-.

Asimismo, se reconoce el derecho a disfrutar de permiso originado en la necesidad de los cuidados a un familiar hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, cuando esté motivado por accidente, enfermedad grave u hospitalización. Sin embargo, curiosamente, una interpretación estricta de la norma excluiría al cónyuge al no ser mencionado/a; esta laguna se subsana en algunos Convenios Colectivos[657].

En este mismo orden, debemos de destacar, la Ley 6/2002, de 25 de abril, sobre la conciliación del trabajo con la vida familiar del personal de las Administraciones públicas catalanas que amplia a cinco días el permiso por nacimiento. Asimismo, se recoge el derecho a percibir el 100% de la retribución en el supuesto de reducción de un tercio de la jornada de trabajo por guarda legal de un niño o niña menor de un año. Prevista, también, la reducción de jornada por adopción, acogimiento permanente o preadopción de un niño o niña menor de tres años durante 16 semanas, contada a partir de la finalización del permiso disfrutado por dichas causas.

A este respecto debe de señalarse, que el mencionado Plan Integral para la conciliación de la vida personal y laboral en la Administración amplia la posibilidad de la reducción de jornada laboral a quienes tengan a su cuidado directo a personas mayores, hijos e hijas menores de 12 años o personas discapacidades, perdiendo su anterior carácter excepcional, puesto que hasta ahora su ejercicio dependida de la aprobación por parte del responsable de la unidad. Además, con carácter excepcional, personal y temporal y previa autorización del responsable de la unidad, se podrá modificar el horario fijo en dos horas por motivos relacionados con la conciliación de la vida personal y en los casos de familias monoparentales.

[657] Convenio Colectivo de Organización del Bingo -BOE 30/01/02-, permite la excedencia de tres años para el cuidado del cónyuge, personas con las que se conviva o familiar hasta segundo de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad que no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida, mínima tres meses. Convenio del sector del Corcho, recoge la excedencia especial de 6 meses con reserva del puesto de trabajo para el cuidado de cónyuge, hijos, hermanos, padres en casos de incapacidad o enfermedad -BOE 16/01/02-.

En este sentido, consideramos que las modalidades de ayuda y permisos para el cuidado de los niños/as, o a otros miembros de la familia que necesiten cuidados de larga duración son de vital importancia para muchos hombres y mujeres que desean seguir realizando una actividad profesional, especialmente, en el caso de las mujeres que educan a los niños/as sin ayuda, un colectivo cada vez más numeroso.

Sin embargo, se detecta la ausencia de medidas concretas para solucionar el día a día, para afrontar los problemas que la cotidianeidad plantea a las mujeres haciéndolas víctimas de la doble carga. Las mujeres decidirán sobre su vida laboral evaluando su posible impacto sobre el correcto desempeño de sus responsabilidades domésticas y de cuidado a otros. Se revela la ausencia de instrumentos para atender a las necesidades de los padres y de las madres en el cuidado de los hijos/as durante aquellas situaciones en que sin ser supuestos extremos precisan de la atención del padre o de la madre, tal como sería en situaciones de enfermedades infecciosas-contagiosas o acudir con los hijos/as y familiares de edad a visitas médicas, o entrevistas en el colegio[658].

Los Convenios Colectivos tratan de solucionar este vacío que incumple la protección constitucional que debía otorgarse en orden a la protección de la familia[659]. A saber, el Convenio Colectivo de los

[658] No hay permisos para acompañar a los hijos al médico o en el caso de que tengan enfermedades contagiosas-infecciosas, y no puede ir al colegio, se podría encauzar a través de un deber público o personal, ST del Juzgado de lo Social de Álava, de 22 de mayo de 1989.

[659] Convenio Colectivo de Sanyo España SA, -BOE 11/01/00-, recoge 4 días por alumbramiento de la mujer, por enfermedad grave del cónyuge o de los hijos 4 días, defunción del cónyuge o hijos 8 días, por defunción del padre o hermanos 5 días, por defunción de tíos carnales, primos carnales y sobrinos 1 día, por enfermedad no grave de la mujer con baja medica o ingreso en la clínica que justifique atención especial 2 días; Convenio Colectivo de Administración de Loterías y Rifas -BOE 13/05/02- otorga tres días por asuntos propios; Convenio Colectivo de Grandes Almacenes -BOE de 10/08/01-, establece 15 días de asuntos propios no retribuidos y 5 días por asuntos propios retribuidos; Convenio Colectivo de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos, Cambillones de madera y corcho, los trabajadores/as tienen derecho a 16 horas máximo al año para acompañar a los familiares que conviven con el trabajador cuando no pueda desplazarse por sus propios medios, por edad o incapacidad física a centros sanitarios y a menos de 10 Km. del lugar de trabajador, si es a otra provincia 32 horas al año -BOE 02/10/01-; Convenio Colectivo de Telemarketing -BOE 08/03/02- los trabajadores con hijos menores de 9 años o ascendiente de más de 65 años tendrán tiempo para acudir al médico previo aviso y con antigüedad de un año podrán acceder a la excedencia sin sueldo de un mes en un año o por semestre, 15 días, al final se incorporan al puesto de trabajo sin necesidad de vacante; Convenio Colectivo de la Industria del Calzado, -BOE 29/08/02-, permite la reducción de la jornada por cuidado directo de un menor de ocho años o un minusválido físico que tenga cuidado directo; Convenio Colectivo ONCE -BOE 04/04/03- se reconoce el derecho a una licencia sin sueldo de tres meses cada dos años,

helados establece cuatro horas al año para acudir con los hijos al pediatra -BOE 22/03/00-. En esa misma línea, el Convenio Colectivo, "El Águila SA", en el artículo 21: "*Establece que la mujer trabajadora que hubiese dado a luz y agotado el período ordinario de suspensión del contrato por parto regulado en el artículo 48.4 ET (...) podrá disfrutar de una* licencia sin *sueldo, ni otra percepción económica, con reserva del puesto de trabajo por un máximo de tres meses, en aquellos supuestos de enfermedad acreditada del recién nacido*"[660].

En definitiva, los Estados sociales han asumido la responsabilidad de tomar medidas para conciliar la vida familiar y laboral, tanto de carácter fiscal como social. Sin embargo, la evolución más importante en este ámbito se ha dirigido a ampliar las posibilidades de los permisos parentales con el apoyo de la reciente Directiva comunitaria, pero quedan todavía por mejorar los permisos concebidos para atender a las necesidades educativas y sanitarias que los menores pudiesen precisar; igualmente, la necesidad de cuidado de personas mayores, así como acudir con ellos a los servicios médicos.

Al mismo tiempo, en los últimos años se ha tratado de aumentar la disponibilidad de servicios públicos para el cuidado de los niños/as y personas dependientes en varios Estados miembros, especialmente, en aquellos países en los que los servicios eran limitados en el pasado, variando sus modalidades bien, aumentando la red de guarderías y centros de día, bien ampliando la edad de permanencia en las guarderías. Es decir, estos servicios de cuidado de los niños/as y a la tercera edad son un necesario componente complementario de los instrumentos

tres licencias máximo anuales de duración inferior a 10 días naturales, cinco días por año por asuntos particulares; Convenio Colectivo de Aguas de Bebidas Envasadas, -BOE 12/04/03-, reconoce el derecho a 3 días por nacimiento de hijo, y especialmente se menciona que se velará por el cumplimiento de las disposiciones relativas a la conciliación de la vida familiar; Convenio Colectivo del Comercio de Flores y Plantas -BOE 28/07/03- establece el tiempo preciso y con justificación del mismo, para la asistencia a consultorios médico acompañando a hijos menores de 12 años; Convenio Colectivo -BOE 14/08/03- se recoge el derecho a 18 horas anuales retribuidas para acudir a la visita médica de cabecera o médico especialista de la seguridad social o entidad concertada por la misma (...) por acompañar a hijos menores de 8 años y familiares mayores de primer grado de consaguinidad que no puede valerse por sí mismos, al tratarse de permisos no retribuidos se podrá negociar mecanismos de compensación horaria.

[660] BOE 19/09/00. www.boe.es

de conciliación y de las medidas activas del mercado de trabajo, cuyo objetivo es permitir a las mujeres seguir una trayectoria profesional e integrarse convenientemente en la sociedad.

5.2.7. La exigibilidad del derecho de las mujeres a no ser discriminadas por razón de su capacidad de ser madres: extinción del contrato durante el ejercicio de la maternidad

La voluntad de la UE a través de Directivas se manifiesta partidaria de la exigencia de medidas, que requieran a los Estado miembros las garantías de los derechos de las trabajadoras durante el período comprendido entre el comienzo del embarazo y el final del permiso de maternidad. La situación precaria de la trabajadora en el mercado de trabajo exige una protección especial, porque pueden ser víctimas doblemente de discriminación, por su sexo y por ejercer el derecho de la maternidad. La UE tiene un discurso claro en este aspecto, postula por la protección a las mujeres en la totalidad del contenido de la relación laboral, constituyéndose en un derecho que da sentido al concepto de ciudadanía social.

Las primeras resoluciones judiciales que establecieron el reconocimiento de la protección de la trabajadora contra la discriminación en el contrato de trabajo, se fundamentaban en la necesidad de otorgar garantía a esta figura contractual desde su formulación hasta su conclusión[661]. En razón de la igualdad real y efectiva, los poderes públicos se comprometen a establecer unas reglas para la relación laboral acordes con el propósito de la no discriminación de género[662].

---

[661] En Austria y Alemania, la mujer tiene protección frente al despido desde que está embarazada y hasta cuatro meses después del parto. En Bélgica, la protección desde que está embarazada y un mes después del permiso de maternidad. Mientras que en Francia, la protección desde el comienzo del embarazo hasta un mes después del permiso de maternidad pero siempre que hubiese informado a la empresa del embarazo. Tanto en Dinamarca como en Suecia se prohíbe el despido por causas vinculadas al embarazo, el parto, la adopción o petición de permiso de maternidad. Además, en Finlandia, los despidos por embarazo o durante el permiso parental o por maternidad son nulos de pleno derecho. En Grecia e Italia, el despido es ilegal durante el embarazo y durante un año más tarde. En Irlanda considera nulos los despidos durante el embarazo, los permisos por causas de salud y seguridad del embarazo, durante el permiso por maternidad o los días libres para los exámenes prenatales. En esta medida, en Luxemburgo prohíbe despedir a una mujer mientras esté embarazada o durante las doce semanas que siguen al nacimiento. En los Países Bajos, las mujeres están protegidas contra el despido durante el embarazo y hasta seis semanas después de acabar el permiso de maternidad. Por último, en Portugal, la protección contra el despido se mantiene durante del embarazo, el permiso por maternidad y cualquier período de lactancia.

[662] En este orden, véase, la STC 173/1994, de 7 de junio de 1994.

A este postulado responde, el calificar como nulo todo despido que tenga su origen directo e indirecto en estereotipos sociales, o bien, en el ejercicio mismo de la maternidad. Es decir, que el hecho de que las mujeres estén embarazadas no les supongan que vean su contrato de trabajo extinguido, o resuelta la relación laboral por el ejercicio de los derechos laborales y sociales que tengan su umbral en tal situación. De esta manera, debe evitarse que esta circunstancia sea la causa que desemboque en la salida de la trabajadora del mercado. Así, esta preocupación por no abandonar a las mujeres en el momento del ejercicio de la maternidad, y en el uso de los permisos obligatorios y voluntarios previstos a estos efectos ha llevado a que el ordenamiento jurídico tome medidas, que garanticen su protección frente a las decisiones arbitrarias de los empresarios/as sobre la extinción de los contratos.

De este modo, la extinción del contrato es calificada como nula con derecho a la readmisión inmediata en aquellos supuestos que versen sobre despidos con origen en el estado de gestación de la madre, e incluso, en el caso de las personas trabajadoras que hayan solicitado alguno de los permisos reconocidos por norma legal o convencional, como son los relativos a lactancia, hospitalización del recién nacido/a, la reducción de la jornada y la propia excedencia.

Asimismo, en razón del artículo 52 c) ET, se considera nula la extinción del contrato justificada tal decisión en la falta de asistencia al trabajo por las ausencias derivadas por maternidad, riesgo por embarazo, enfermedades por embarazo, parto, lactancias, así como licencias y permisos de diversa índole que tengan causa en esta situación[663]. De esta manera, lo interesante de esta nueva regulación es la extensión de la señalada protección en la hipótesis de que coincida la notificación del despido en una fecha, que el plazo de preaviso finalice dentro de dichos períodos de protección, e incluye dentro de este marco de protección el despido de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión por permiso por maternidad.

[663] Tras el permiso por maternidad disfrutado por la mujer con arreglo a su derecho nacional, no procede distinguir entre enfermedades que tenga su origen en el embarazo o parto de cualquier otra enfermedad, en consecuencia, las ausencias del puesto de trabajo motivadas por enfermedad incluso, si tienen su origen en el embarazo o parto pueden justificar el despido de la trabajadora en las mismas condiciones que serian de aplicación a las ausencias por razón de enfermedad de los trabajadores masculinos. STJE de 8 de noviembre de 1990, Caso 179/80, *Handels II*.

En esta medida, también se integrará en este tratamiento de protección de la relación laboral cuando tal decisión de conclusión del contrato coincida con el disfrute del permiso de lactancia, o la solicitud de la reducción de jornada. Se amplía su aplicabilidad garantista cuando los trabajadores/as estén ya disfrutándolos o hayan solicitado la excedencia por cuidado de un hijo/a.

Además, la modificación está presente en el marco procesal a través del RD Legislativo, en su artículo 108.2 de la LPL. Esta norma se muestra como un avance en cuanto a que los conflictos judiciales se tratarán por un proceso especial y urgente; la carga de la prueba incumbirá al empleador. El inconveniente se presenta en que se exige al trabajador/a que demuestre que hay serios indicios de discriminación, y que éstos den lugar a una razonable sospecha de que se está en presencia de una decisión atentatoria con la dignidad de las mujeres[664].

Esta postura repliega los derechos reales de protección, puesto que a nadie se le escapa que es una situación difícil de demostrar por parte de las mujeres, en cuanto a que las decisiones empresariales se camuflan en orden a otro tipo de alegaciones, y justificadas dentro del arbitrario concepto de libertad de empresa y gestión[665].

La extinción del contrato es considerada situación asimilada al alta para acceder a la maternidad una vez agotada la misma, y posteriormente dará paso al desempleo, se trata de proteger a las mujeres en estado de gestación que ven extinguido su contrato de trabajo. Al mismo tiempo, las mujeres que sean

---

[664] STSJ de Galicia, de 28 de septiembre de 2001, Recurso de 3897/2001, señala que: "*No hace falta, en consecuencia, la acreditación de indicios o de un principio de prueba del panorama discriminatorio, prevaleciendo, en un primer momento, el dato temporal sobre el casual. Reaparece, sin embargo, el dato causal y prevalece sobre el temporal si, en un segundo momento, el empresario consigue acreditar la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo*". Citado por, LOUSADA ARCHENA, FERNANDO JOSÉ, *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora, Op. cit.,* pág.168.

[665] La STC 38/1981, de 23 de noviembre y la STC 136/1996, de 23 de julio, señalaron que: "*Cuando se alegue que un despido formalmente disciplinario encubre en realidad una extinción del nexo contractual lesiva de los derechos fundamentales del trabajador, incumbe al empresario probar que tal despido obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho constitucional. Pero, para que opere este desplazamiento al empresario del "onus probandi" no basta simplemente con que el trabajador tilde el despido de discriminatorio, sino que debe de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato (...) No se impone, pues, al empresario la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la racionabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter enteramente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales".*Cfr. Capítulo tercero.

perceptoras de prestaciones sociales por desempleo contributivo tendrán derecho en su caso a la prestación por maternidad. Pero la ley no prevé solución para la situación del nivel asistencial, a pesar de ello no faltan resoluciones judiciales que consideran que también se trata de una situación asimilada al alta[666].

Por otra parte, aunque referido en otro momento del trabajo, se hace preciso nuevamente aludir a la obligatoriedad o no de comunicar al empresario/a el estado de gestación. La prohibición es unánime, especialmente del examen a la demandante de empleo en razón de su sometimiento a un reconocimiento para comprobar que no está embarazada. Si bien, cabe una excepción en el supuesto de riesgo laboral reconocido por su significado para la salud de las mujeres y del hijo/a, pero, incluso en este caso se debe llevar a cabo con el absoluto respeto a la igualdad de mujeres y hombres, porque la realidad, como ya se mencionó en el tratamiento del riesgo durante el embarazo, impide plantear como exigencia a la madre su notificación previa al empresario/a, puesto que podría poner en peligro su continuidad en el trabajo[667].

No obstante, el problema se plantea con el despido notificado dentro del período suspensivo, pero aplicable en sus efectos a un momento posterior a la finalización de la suspensión, ya que se escapa injustificadamente a la calificación de nulidad, al menos que se dé protección por otro supuesto previsto en el sistema de seguridad social, por ejemplo, el período de lactancia o la reducción de jornada. Esta situación debería ser asimilada en su tratamiento jurídico a la protección otorgada a los representantes de los trabajadores/as, que conservan sus derechos de no ser despedidos y despedidas durante el año posterior al de expiración de su mandato[668].

---

666 A este respecto deben ser consultadas la sentencia del TSJ Andalucía/ Málaga, de 13 de enero de 1994, (AR, 1537) o sentencia TSJ de Cataluña, de 17 de marzo de 1993, (AR, 1537).

667 De esta forma, en la sentencia STC 166/1988, de 26 de septiembre, la trabajadora auxiliar de clínica, es una de las contratadas para sustituir a tres auxiliares en los meses de verano una de ella prestaba servicios en la sección de cirugía, y a pesar de ello, la actora fue destinada a diálisis. Manifestó que no podía ir a esta sección por su estado y se la despide, por no haber superado el período de prueba. La sentencia consideró que esta decisión ataca el contenido del artículo 14 CE produciendo un acto discriminatorio por razón de sexo.

668 Las enmiendas núm. 125 a núm. 128 del grupo parlamentario popular y catalán proponían la adición de un tercer supuesto que pretendía la ampliación de los supuestos protegidos: "*El supuesto de los trabajadores cuando se produzca en un plazo hasta los seis meses inmediatamente siguientes a su reincorporación al trabajo como consecuencia de la finalización del período de suspensión del contrato de trabajo al que se refiere la letra d)*

En este sentido, se puede citar la STS 26 de febrero de 2004 que conoce sobre el despido de una trabajadora embarazada por parte de la empresa Guinnes United Distillers and Wintners España S.A[669]. Los antecedentes de hecho son los siguientes, el citado Juzgado de lo Social núm. 10 de los de Madrid, consideró que el despido de la trabajadora era nulo; la trabajadora se ausentaba de su trabajo por padecer una grave enfermedad, por la cual precisaba de sesiones de quimioterapia, circunstancia que agravaba su estado de gestación debiendo ser éste calificado como de "alto riesgo". La empresa para proceder al despido argumenta "faltas injustificadas de asistencia"; en la papeleta de conciliación previa del procedimiento correspondiente la trabajadora añade de su puño y letra, que "*la causa del despido obedecía únicamente al actual embarazo de alto riesgo".*

La conciliación se celebró "sin avenencia", aunque la empresa reconoce que el despido es improcedente y ofrece una indemnización superior a la establecida legalmente. La empresa aduce en su defensa que desconocía que la trabajadora estuviese embarazada. También acredita que en otra ocasión a otra trabajadora -personal de alta dirección-, que tenía un embarazo de "alto riesgo", la empresa le otorgó todos los medios para que pudiera trabajar desde su domicilio. Igualmente, la empresa manifiesta que tiene una plantilla con 429 personas trabajadoras y que el 50% son mujeres, las cuales en el caso de precisar descanso por maternidad lo han disfrutado sin ningún problema.

Sin embargo, en el proceso se demuestra que la empresa sí tenía conocimiento de su estado de gestación por parte del superior jerárquico de la trabajadora. Además, anteriormente, otra trabajadora fue despedida justificándose esta extinción del contrato en su ausencia laboral tras disfrutar el período de lactancia, así como del disfrute de los días de permiso por vacaciones que le restaban tras el permiso de

---

apartado 1 del artículo 45 del ET o la excedencia prevista en el apartado 3 del artículo 46 del ET o la finalización de los permisos del apartado 4 y 5 del artículo 37, cuando se acredite que se ha producido por el ejercicio de los referidos derechos". BOCG del Congreso, núm. 172, págs. 54 y 55.

[669] El TS resuelve el recurso de casación para la unificación de doctrina, número 008/2569/03. El TS estimó el recurso contra la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, de fecha de 28 de enero de 2003, que resolvió el recurso de suplicación núm. 3790/02, éste formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm.10 de los de Madrid, dictada el 5 de abril de 2002. El TS confirmó la sentencia de instancia. www.tribunalsupremo.es

maternidad; en este último caso hubo acuerdo entre las partes y se pagó una indemnización superior a la legalmente prevista.

El Juzgado de lo Social falló estimando la demanda de la trabajadora y considerando el despido como nulo, "*por vulneración del derecho de no discriminación por razón de sexto derivados de la situación de embarazo de la trabajadora, y, por tanto, condeno a la empresa demandada Guinnes United Distillers and Winters España S.A. a la inmediata readmisión y de la demandante y en las mismas condiciones que regían con anterioridad a producirse el despido, así como a abonarle los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que la readmisión tenga lugar, exceptuando los periodos concurrentes con la situación de incapacidad temporal*".

El TSJ por el contrario consideró en suplicación que no existían razones para admitir el recurso, puesto que la decisión de la empresa era ajustada a derecho así como el reconocimiento de la improcedencia del despido. Al mismo tiempo, el órgano judicial aprecia en esta sentencia que la empresa no tenía conocimiento del embarazo de la trabajadora, y por lo tanto, al no tener relación con el mismo, el despido no puede ser declarado como nulo, y así, el TSJ estimó que éste se origina en las ausencias laborales de la trabajadora, y las mismas no estaban justificadas.

El ts consideró el recurso planteado con base jurídica en el marco, tanto comunitario -Directiva 92/85/CEE, para la protección de las mujeres embarazada, artículo 2, artículo 8.1 y artículo 10–, como el español -artículo 55.5 b) ET, así como LCVFL 39/1999, de 5 de noviembre- que otorgan una protección a las mujeres durante el período que va desde "la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del período de suspensión del contrato por maternidad" [670]. En consonancia a este cuadro normativo, el ts apreció que la empresa, el Departamento de Recursos Humanos a través del superior jerárquico de la

[670] El TS estimó como requisito para la viabilidad del recurso de casación para unificación de doctrina, contradicción entre la sentencia recurrida y la STJE de Cataluña de 18 de junio de 2001. La cuestión debatida era la contradicción entre ambas resoluciones, puesto que, en la primera sentencia se declaró nulo el despido efectuado a la trabajadora que estaba embarazada, y se obvió otros posibles móviles como causa del mismo. De este modo, el TS afirma en el FJ3: "*La sentencia de contraste declaró y resolvió la cuestión en el sentido de que la empresa, con independencia de que tuviera o no conocimiento del estado de gravidez de la trabajadora, al no ser procedente el despido lo declaró nulo, abstracción hecha de la posible intencionalidad discriminatoria de la empleadora, puesto que el móvil del despido carece en estas circunstancias de relieve, bastando el dato objetivo del embarazo para determinar la nulidad del despido".*

trabajadora, tuvo conocimiento de su estado de gestación[671]. Este aspecto supone por parte de la sentencia recurrida una contradicción con "*la lógica y la naturaleza de los hechos".*

El TS señala que la situación se ve agravada, porque la empresa toma una decisión de extinción del contrato que aparentemente no tiene su origen en el embarazo, pero que la propia empresa califica su decisión de despido como improcedente a lo largo de todo el proceso judicial y de la conciliación administrativa, incluso, llegando a reconocer que "*las ausencias al trabajo no tenían entidad suficiente para justificar una medida como la inicialmente propuesta*".

Dicho de otro modo, acertadamente el Juzgado de lo Social y el TS consideran esta extinción del contrato como nula. En suma, se presentan varias cuestiones, en primer término, que cuando la empresa directa o indirectamente tiene conocimiento del estado de gestación de la madre, la embarazada obtendrá protección en los contenidos de los preceptos citados, especialmente, el artículo 10 con relación al artículo 2 de la Directiva 92/85/CEE; puesto que salvo que existiese causa distinta que justificase el despido, no puede considerarse como legal el despido de una trabajadora embarazada, ya que supone un quebramiento constitucional de los derechos de las mujeres. Al mismo tiempo, que viola la protección legal a la maternidad, y transgrede el espíritu de la norma de trazarse como un avance hacia la igualdad de mujeres y hombres.

En segundo término, también estaría justificada la calificación de nulo al despido en estos supuestos, aunque no tuviese conocimiento la empresa del embarazo, porque como se ha indicado anteriormente, no es obligación de las mujeres comunicar su estado de gestación a la empresa. Así, la jurisprudencia ha considerado que esta notificación es un hecho irrelevante, y que por estar dentro de su esfera personal de las mujeres pueden acallarlo, fundamentalmente, ante posibles perjuicios para sus carreras profesionales. Por ende, en estos supuestos cuando la empresa desconozca el embarazo de la trabajadora, su situación quedaría igualmente garantizada en aquellos casos en que el despido no pueda calificarse como procedente. En resumen, la necesidad de declarar el despido como nulo a todo despido

[671] FJ4: "*El día 15 de enero de 2002 el superior jerárquico de la actora tuvo conocimiento del embarazo de ésta, comentando el hecho con otra persona de la empresa, el despido se comunica el 17 de enero de 2002*". www.tribunalsupremo.es

que se produzca durante este período, y no pueda ser declarado procedente por no existir causa que lo justifique.

De este modo, se protegería a las mujeres que embarazadas se les despide alegando causas injustificadas, aparentemente ajenas a dicho estado de gestación, pero que encierran un despido con origen en su capacidad para ser madres, y, por consiguiente, encubriendo un despido discriminatorio por razón de sexo. La protección está justificada en que evidentemente la carta de despido no expondrá como causa de despido la real, es decir, el embarazo, y así, se utiliza habitualmente cortinas de humo aduciendo causas disciplinarias que como sucede en este caso carecen de entidad suficiente, y de ese modo en vía judicial, la propia empresa ve desacreditados sus argumentos para el despido.

Por último, mencionar un argumento empresarial ya conocido como es el de "plantillas mayoritariamente femeninas", y la posibilidad de utilizar sus trabajadoras los correspondientes permisos de maternidad. Pues bien, como se ha podido reflejar en este caso y en otros supuestos en los que se ha debido de intervenir desde el orden judicial, muestran que este hecho no es indicativo de que la empresa cumpla con la garantía de la igualdad entre sexos. A la par que se dispensa una adecuada protección a la maternidad en la gestión de personal, ya que no es más que un dato cuantitativo nada relevante para analizar su política de conciliación de la vida familiar y laboral en referencia a su incidencia en las mujeres.

En síntesis, con estas medidas se ha tratado de ensamblar dos esferas tradicionalmente opuestas para las mujeres, esto es, la maternidad y el trabajo, por ello, la necesidad de proteger a las mujeres que ejerzan maternidad. Es decir, la protección constitucional de las mujeres y su capacidad de ser madres reclaman la necesidad de dar garantía al ejercicio por parte de las mujeres de sus derechos como gestantes, y posteriormente como madres, sin que vean sus relaciones laborales afectadas por el ejercicio de estos derechos definidos por el constitucionalismo social, que implementa una protección jurídica a las mujeres embarazadas desde su embarazo hasta el final del disfrute del permiso de maternidad.

5.2.8. Razones para seguir avanzando en la conciliación de la vida familiar y profesional de las mujeres: nuevas propuestas políticas

Por todo lo referido, la conciliación de la vida familiar y la laboral sigue siendo tema prioritario en las agendas políticas de los gobiernos europeos, especialmente, debido a los malos resultados derivados de la aplicación de la normativa comunitaria y nacional sobre conciliación. Esto es, continúa siendo un objetivo el proceso de inclusión de los padres en las tareas familiares instaurando condiciones favorables para que, tanto mujeres como hombres puedan incorporarse o reincorporarse al mercado de trabajo, o bien, permanecer en él y sin renunciar a su vida profesional o ver menoscabada la atención dispensada a su vida personal.

Esta intervención tiene como objetivo responder a la necesidad de modificar los comportamientos, las actitudes, las normas y los valores que definen y determinan los roles masculinos y femeninos en la sociedad a través de la educación, los medios de comunicación, la cultura y la ciencia[672]. Para hacer realidad la igualdad de mujeres y hombres es fundamental acabar con los prejuicios y los estereotipos sociales y culturales existentes. Estos cambios deben abordarse, también, en el escenario cultural, orientándose a modificar las representaciones sociales que reproducen la tradicional división sexual del trabajo. Es evidente que en este tipo de programas de intervención nos encontramos ante realidades cuya transformación implica largo plazo, por lo que conviene actuar de forma constante y sostenida en el tiempo.

En este mismo sentido se debería impulsar una transformación de las prácticas educativas, con el fin de eliminar la asignación sexista de roles e identidades desde las edades más tempranas, es decir,

---

[672] Las mujeres siempre han tenido que "arreglarse" para desarrollar su carrera profesional y atender a sus responsabilidades familiares, en muchas ocasiones afectando a su salud, frente a esta realidad, los hombres casados "descargada" su responsabilidad con las labores domésticas y familiares en su pareja pueden tener una mejor calidad de vida. Esto es, GÓMEZ, afirma: "*El matrimonio es un chollo para los varones: recientes investigaciones conceden un promedio de 10 años más de vida a los hombres casados que a los viudos, solteros y divorciados; los casados, además, presentan menos enfermedades. En el caso de las mujeres al contrario: las mujeres solteras o divorciadas sin hijos viven más y más sanas que las casadas, que presentan el doble de enfermedades, sobre todo mentales*", GÓMEZ, P., "*Anorexia nerviosa: una aproximación feminista*", pág. 52. En AZPEITIA, B. Y DÍAZ, L.E. Y GONZÁLEZ CORTÉS, T. Y MORENO, E. Y YAGO, T. (Eds.), *Piel que habla. Viaje a través de los cuerpos femeninos,* Barcelona, Icaria, 2001, págs. 7-110.

desarrollar una política de educación en la igualdad de sexos. También debería ser objeto de vigilancia la transmisión de contenidos sexistas en los medios de comunicación. Asimismo, es necesaria la realización de campañas de información dirigidas a modificar los puntos críticos de las actitudes y representaciones sociales relativas al género, tanto en lo que concierne a la población en general como a los empresarios/as.

En el ámbito social, la mejora de las condiciones laborales y de la calidad del empleo constituye igualmente un aspecto básico en la facilitación de oportunidades para hacer compatible la vida familiar y la vida laboral. Junto a las medidas que hemos ido señalando a lo largo de este capítulo, también cabe citar la necesidad de la creación de más y mejores servicios de guardería, así como centros de atención a las personas dependientes, es decir, se precisan de servicios y centros más asequibles, de mayor calidad y en mayor número.

Del mismo modo, son necesarios instrumentos jurídicos que regulen la posible flexibilidad de jornadas laborales, reconozcan permisos no retribuidos por motivos familiares. Igualmente, obligado introducir, desde el propio sistema educativo, enseñanzas a favor de un reparto igualitario de los cuidados familiares y las responsabilidades domésticas, a la par que educar para el uso de un futuro ejercicio de medidas encuadradas dentro de la conciliación de la vida personal y laboral.

Un referente es el fomento de la flexibilidad en la organización del trabajo, sobre todo, en lo que concierne a la flexibilidad horaria. La incorporación de medidas de flexibilidad en los acuerdos procedentes de la negociación colectiva constituye, sin duda, una forma básica de regular estas prácticas (sin perjuicio de que el desarrollo de la legislación pueda establecer regulaciones generales en este sentido, cuya conveniencia habría que estudiar más detenidamente)[673].

La idea de los informes oficiales en distintos marcos geográficos, señalan la necesidad del establecimiento de apoyo financiero, laboral y social a los hombres y las mujeres con menores, y

[673] Estas modificaciones son algunas de las recogidas en el "*Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas*", (Estudio realizado por GPI Consultores), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaria General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, 2005.

personas dependientes a cargo para que concilien sus responsabilidades profesionales y familiares. La proporción de servicios públicos de apoyo para la familia constituye también un complemento necesario a las medidas activas del mercado laboral. Dicho de otro modo, los servicios de apoyo para el cuidado de los niños/as y las personas con discapacidad o las personas mayores que necesitan ayuda, desempeñan un papel central a la hora de garantizar mejor la armonización de su vida familiar y profesional.

No obstante, debemos de reconocer que en los últimos años, ha aumentado ligeramente la disponibilidad de servicios privados y públicos de atención a los hijos/as y se ha incrementado el ejercicio del derecho a los permisos parentales, algo especialmente importante para permitir que las personas con hijos/as pequeños/as continúen su trayectoria laboral y para facilitar el nuevo equilibrio entre los sexos en el mercado laboral.

En España, el futuro de las políticas de conciliación debe de partir de los datos que muestra la realidad tras más de cinco años de efectividad de la primera LCVFL, a la vez que debe tener en cuenta los deseos de una población de mujeres que mayoritariamente quiere trabajar sin renunciar a sus derechos de tener una vida personal. De esta manera, se deben de adoptar medidas para que el trabajo de las mujeres no sea concebido como secundario y subordinado al interés de la pareja de tener y criar a sus hijos/as con la renuncia de las mujeres a su carrera profesional.

Precisamente, al propio tiempo, que se reclama reeducar a los varones y mujeres en el nuevo cambio cultural de los estereotipos familiares, también se hace preciso que el sistema de seguridad social proteja a la persona frente a los estados de necesidad, a la par que trata de orientar su acción social a elevar su calidad de vida. El Estado social debe de buscar recursos, desde el constitucionalismo social, para dar eficacia a los principios rectores de la política social y económica, dando respuesta a la necesidad de incorporar a las mujeres como sujetos de derechos sociales.

La orientación de la política social del futuro en materia de seguridad social debe de ir encaminada a una implementación normativa que garantice el contenido constitucional de forma fáctica, implicando a los poderes económicos y sociales, públicos y privados. Igualmente, se reclama la intervención de los resortes constitucionales ante las omisiones que el poder legislativo pueda tener en el desarrollo de la política social que da formulación a los principios económicos y sociales del capítulo tercero del texto constitucional. Por eso, la necesidad de una reforma con el objetivo de seguir avanzando en la igualdad de sexos y en la búsqueda de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres, teniendo en su definición un modelo de estructura familiar igualitario.

Al hilo de lo señalado en el *Informe Randstad* se puede considerar que el problema del descenso de la natalidad en España tiene su origen en la forma en que trabajan las mujeres, no en que las mujeres trabajen, puesto que en otros países de Europa la tasa de actividad de las mujeres es mayor que en nuestro país, y, sin embargo, no existen tantos problemas para que las mujeres concilien su vida familiar y laboral. La tasa demográfica española muestra que aunque ha descendido el número de nacimientos continúa registrándose un elevado índice de desempleo femenino, por ello, la caída de la natalidad debe buscarse en otras justificaciones ajenas al trabajo de las mujeres fuera de hogar, ya que estarían más cercanas a la ausencia de servicios de atención a menores, a su coste, o calidad[674].

Además, en España, los tiempos de trabajo y responsabilidades familiares siguen indicando que estos últimos son de las mujeres en mayor medida, y eso debido a la continuación de roles que adjudican a las mujeres la esfera familiar; así, el Instituto de la Mujer cifra en un 90% el número de mujeres que tienen doble jornada[675]. De este modo se podría ir más lejos y

[674] ESADE: Informe Randstad, *Revista Trabajadora,* núm.13, IV Época, de octubre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.
[675] CAMPS, señala que "*la realidad de las mujeres, que se ven a sí mismas y son vistas por las demás personas, especialmente por las mas jóvenes, como el "ama de casa que trabaja. La identidad por profesional no ha supuesto,*

señalar que las mujeres tienen no una doble, sino una triple tarea, esto es, la productiva en el mercado de trabajo, la doméstica en el hogar y la reproductiva con sus parejas y la sociedad"[676].

A este fin se debe de evitar conciliar las tareas de la vida familiar y laboral de las mujeres de forma unilateral, puesto que éstas ya estaban conciliadas, estaban "*conciliadísimas".* Los poderes públicos promoverán la adopción de instrumentos que complementen a las medidas de conciliación para regular la participación de ambos sexos de forma bilateral, para que sea tal responsabilidad asumida por ambos sexos de forma indistinta.

En la octava legislatura se han elaborado una serie proposiciones de ley que tienen como intención mejorar el contenido de las medidas que tratan de promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras[677]. En aras de la economía expositiva, se ha realizado un esquema sobre las proposiciones de ley presentadas en el Congreso de los Diputados sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. Así, la idea de reforma más reiterada es la flexibilización en el disfrute de este permiso, así como la ampliación del permiso de maternidad llegando hasta 30 semanas[678]. Sin embargo, hay una constante propuesta con relación a que los permisos parentales sean disfrutados de forma diferencia y con un tratamiento

---

en sus casos, el abandono de la identidad de ama de casa. Lo que no impide, por otra parte, que el ama de casa sea, a su vez, una figura en claro declive, ya que la liberación de la mujer ha llevado a desecharla unidimensionalidad del trabajo doméstico. Pocas mujeres quieren ver reducida su condición la eufemística dedicación a "sus labores". Nadie se reconoce hoy en la figura del ama de casa, pese a que la casa- ola familia- sigue necesitando a alguien- un ama, un amo, o ambos a la vez-que se haga cargo de su funcionamiento", CAMPS, VICTORIA, "La emancipación femenina y el Estado de Bienestar", *Revista Meridiam,* núm. 29, II Trimestre, 2003.

676 Son reflexiones tomadas de VILA, OFELIA, "¿Conciliación o más de lo mismo?" *Revista Trabajadora,* núm.13, IV Época, de octubre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.

677 www.congresodediputados.es

678 Proposición de Ley sobre la corresponsabilidad laboral y familiar por la que se modificada la Ley 39/1999, de 5 noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y se extiende la duración del permiso de maternidad y se extiende el permiso de paternidad independiente. Presentada el 23/04/2004, por el Grupo Parlamentario Mixto. Trámite actual: Rechazada. Proposición de Ley sobre Ley de Medidas para mejorar la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Presentada el 23/03/2005 por el Grupo Parlamentario Partido Popular. Trámite actual: Pleno, Toma en consideración.

jurídico individualizado[679]. Al mismo tiempo, que se reclama una mayor flexibilidad en la jornada para lo que se solicita una mayor participación de las empresas y de los agentes sindicales, y especial, incidencia el uso de los usos y tiempos locales y laborales de las mujeres[680].

Además, se trata de mejorar normativamente los permisos por fallecimiento, accidente, o enfermedad, u hospitalización del cónyuge, o conviviente por análoga relación conyugal, o de parientes hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad, pues se proyecta que su reconocimiento se produzca también en el caso de enfermedades no graves, siempre que las personas mencionadas no puedan valerse por si mismas, y requieran la presencia indispensable del trabajador/a[681]. De la misma forma, que para el cuidado de un menor de un año se plantea que las madres o los padres puedan ejercer el derecho de la reducción de una hora de su jornada para su crianza y cuidado[682].

Otras proposiciones de ley están encaminadas a la ampliación de los permisos en los supuestos de nacimientos de hijos/as prematuros/as, o la mejora de los permisos cuando los

[679] Proposición de Ley sobre la regulación del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogimiento. Presentada el 02/04/2004, por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió). Trámite en la actualidad: Rechazada. Proposición de Ley sobre la modificación de la Ley 39/1999, de 5 noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras con el fin de introducir un permiso de paternidad en los supuestos de parto. Presentada 13/04/2004, por el Grupo Parlamentario De Izquierda Verde-Izquierda Unida, y de Iniciativa per Catalunya Verds. Trámite actual: Rechazada. Proposición de Ley para regular permiso de paternidad en los casos de nacimiento. Presentada el 15/03/2005, por el Senado. Trámite actual: Rechazada.

[680] Proposición de Ley sobre Ley de Medidas para mejorar la conciliación de la vida familiar, laboral y personal. Presentada el 23/03/2005 por el Grupo Parlamentario Partido Popular. Trámite actual: Pleno, Toma en consideración.

[681] Proposición de Ley sobre la modificación de la artículo 37.3b) del RDL 1/1995, de 24 de marzo por el se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Presentada el 02/04/2004, presentada por Esquerra Republicana. Trámite actual: Rechazado.

[682] Proposición de Ley sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. Presentada el 21/07/2004, por el Grupo Parlamentario Esquerra República. Trámite actual: Pleno, Toma en consideración.

recién nacidos deban permanecer hospitalizados/as tras el parto, y, así, en estos casos el padre y la madre tendrán derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas[683].

Igualmente, se propone el derecho a permanecer en el puesto de trabajo con carácter preferente en el caso de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, este derecho sería de aplicación a las mujeres embarazadas, sus cónyuges o personas con las que conviva en análoga relación a la conyugal, y, además, aplicable a las personas trabajadoras que tengan a su cargo a menores de seis años.[684]

Hay una propuesta que consideramos esencial para el avance en la conciliación, esto es, el establecimiento de mejoras en materia de excedencia por cuidado de un hijo/a, de tal manera que se compute desde la finalización del permiso de maternidad, paternidad, adopción o acogimiento, y no como en la actualidad que se computa desde el nacimiento de hijo/a. Asimismo, una de las reformas más urgentes es la exigencia de reserva del puesto de trabajo durante los tres años de posible excedencia por esta causa. Igualmente, incrementar la duración máxima de la excedencia por cuidado de un familiar[685].

Al propio tiempo, entre otras de las propuestas se encuentra la extensión de la ayuda fiscal de 1.200 euros a todos los contribuyentes con hijos/as con esa edad y, además, a las personas que tengan a su cargo ascendientes con 55 años que convivan con el contribuyentes y no tengan rentas anuales mayores de 8.000 euros. Así como a las personas que tengan a su cargo a persona discapacitada en los mismos términos que antes, es decir, convivencia, sin renta anual superior a 8.000 euros.

---

683 Proposición de Ley sobre la corresponsabilidad laboral y familiar por la que se modificada la Ley 39/1999, de 5 noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, y se extiende la duración del permiso de maternidad y se extiende el permiso de paternidad independiente. Presentada el 23/04/2004, por el Grupo Parlamentario Mixto. Trámite actual: Rechazada.

684 Proposición de Ley sobre la modificación de la artículo 37.3b) del RDL 1/1995, de 24 de marzo por el se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Presentada el 02/04/2004, presentada por Esquerra Republicana. Trámite actual: Rechazado.

685 Proposición de Ley sobre la reforma de la Ley 39/1999, 25 de noviembre para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadores. Presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda Verde-Izquierda Unida, Iniciativa per Catalunya Verds. Trámite actual: Pleno, Toma en consideración.

Las reformas legales sobre esta materia deben seguir avanzando en la búsqueda del equilibrio de responsabilidades sin distinción de sexo, por eso, los poderes públicos deben de articular fórmulas que incorporen medidas para obtener un reparto de obligaciones de forma más justa y real entre las mujeres y los hombres.

En este sentido, es preciso superar los papeles sociales tradicionales entre las mujeres y los hombres que condicionan la posición en la sociedad, tanto de los padres como de las madres, dando lugar a discriminaciones sociales que afectan a los derechos de las mujeres como personas, y, también a los derechos de los hombres como padres[686]. Así, es necesario un cambio de mentalidad sobre la situación social de las mujeres, en definitiva, un cambio jurídico desvinculado de toda conexión biológica; y en igual medida, se hace obligado un avance social por el que no exista conflicto entre el papel de madre y de trabajadora, uno y otro confluyen en la persona de las mujeres que hace que ambos sean determinantes para su desarrollo y realización.

5.3. DESCRIPCIÓN SOBRE OTRAS PRESTACIONES DEL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS MUJERES

5.3.1. Cuestiones generales

En España, el devenir histórico de la protección social muestra que se está avanzando en el marco de la igualdad de mujeres y hombres, así, se han tratado de abandonar las posiciones de un falso proteccionismo social con respecto de las mujeres. Nos corresponde señalar con referencia a los

[686] B.C., "Mujeres en la cresta de la ola", *El País*, de 13 de marzo de 2005, en este artículo de prensa se recoge un estudio de BENJUMEA, MARÍA, Directora General y fundadora de Círculo de Progreso, sobre "*Los frenos que tienen las mujeres en un participación en los puestos de máxima responsabilidad*" (...) "*Y es esperanzador, porque para las mujeres que ahora empiezan sus carreras prácticamente ha desaparecido el rol tradicional como referente generacional. (...) Las profesionales más jóvenes basan sus expectativas no en un nuevo rol dominante, sino en una rica amalgama de funciones que implican tanto a hombres como mujeres en la construcción de la trayectoria personal. Con todo, el estudio demuestra que si para los hombres su sexo es un factor que influirá beneficiosamente en su carrera profesional, para las mujeres actuará como factor negativo. Casi el 58% piensa que su condición de mujer influirá negativamente en la conciliación entre lo personal y lo profesional, frente al 13% de los hombres. Aunque el 62% cree que ser mujer favorecerá su retribución. (.. .) con muy pocos roles tradicionales a los que no esté dispuesta a renunciar y con la sensación de que ha superado las expectativas generacionales".*

aspectos generales sobre otras prestaciones sociales, que es en este marco en el que se aprecian reformas de contenido normativo en aras de la equiparación de los sexos para acceder a la protección social. Las reformas sociales del sistema de seguridad social, como se ha indicado en el trabajo, han sido más de contenido que estructurales.

En este sentido, sin invadir el campo competencial del poder legislativo, la labor del TC ha sido esencial para definir el nuevo concepto de seguridad social, pues queda constituido desde la diferenciación y alejado de todo falso paternalismo. A este respecto, el TC español no ha intervenido directamente en el ámbito de la formulación de la política social española, pero sí ha contribuido a identificar las deficiencias del sistema de seguridad social y proporcionar, a través de sus resoluciones, un criterio orientador para la formulación de las correspondientes reformas sociales.

Dicho de otro modo, la jurisdicción constitucional ha sido concluyente para reclamar la garantía del principio de igualdad de mujeres y hombres, reaccionando respecto de todo trato discriminatorio, y en esta línea, las resoluciones del TC fueron una manifestación de confianza en la búsqueda de la defensa de la cuestión social, frente a un ordenamiento jurídico del sistema de seguridad social que se formulaba con criterios masculinizados. El TC es el avanzado de los cambios normativos para adaptar la normativa reguladora del sistema de seguridad social al contenido constitucional. Eso es, a través de TC se ha otorgado garantías sociales a las mujeres para que puedan constituirse en igualdad con respecto de los hombres en el sistema de seguridad social, y desde la defensa de la dignidad de las mujeres.

Los poderes públicos a tenor del artículo 41CE tienen la obligación de mantener un régimen de seguridad social para toda la ciudadanía, que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en “situaciones de necesidad”. En referencia a las consideraciones efectuadas al inicio de este acápite sobre esta cuestión, una “situación de necesidad” o a un “estado de necesidad” obedece a la voluntad de superar la primitiva perspectiva legal, donde era prioritaria la noción de “riesgo” o “contingencia”, que se produjo en la Ley de Base de la Seguridad Social de 1963. Sin embargo, todavía subsiste parcialmente una atención diferenciada del estado de necesidad según el riesgo derive de contingencias profesionales o comunes.

El estado o situación de necesidad se acoge como objeto y fundamento de la protección, e implica una tendencia a garantizar a la ciudadanía una seguridad material. El hecho es que el TC muestra que la protección social no sólo actúa frente a la pobreza, sino que también el sistema de seguridad social público asumirá sus obligaciones en la compensación frente a un daño derivado de un exceso de gastos o un defecto de ingresos originado por la actualización de una determinada situación de necesidad.

Como se ha mencionado en el capítulo cuarto, en orden a la eliminación de la discriminación de género, la jurisdicción constitucional ha planteado la supresión del ordenamiento jurídico español de los conceptos masculinizados, y, por ende, discriminatorios en el tratamiento de las prestaciones sociales entre hombres y mujeres. Esto es, con estas reformas legales se eliminó la consideración de las mujeres como titulares de derechos derivados del varón del que se les hacía depender. Únicamente en su defecto, las mujeres se constituían en beneficiarias de la protección social, sin embargo, la misma se veía determinada en su contenido por el estado civil, la dependencia económica, y la dedicación de las mujeres al titular con derecho propio en el sistema social y con ello a las mujeres únicamente se les permitía incorporarse al sistema de la seguridad social como titulares de derechos sociales derivados del sujeto causante.

En esta misma línea, también la labor protectora del TC fue necesaria para eliminar el tratamiento que el ordenamiento jurídico dispensaba a las mujeres, puesto que les otorgaba un trato legal que se justificaba en la estigmatización con la condición femenina, y, se diseñada con el fin de protegerlas por su "debilidad". De tal modo, que en su momento este discurso se arropó con las consiguientes medidas artificiales de una falsa acción positiva, que nace con el pretexto de garantizar la protección a las mujeres, pero que realmente trataba de ocultar los límites y obstáculos que las mujeres encontraban en el acceso al sistema de protección social, derivado a su vez, como hemos visto en el capítulo segundo, de la difícil incorporación de las mujeres en el mercado de trabajo y al sistema de la seguridad social al mantenerlas en el ámbito doméstico.

El TC ha sido su labor determinante para encauzar el contenido del sistema de la seguridad social en términos de igualdad de mujeres y hombres, porque la jurisdicción constitucional ha considerado que la igualdad de sexos en el reconocimiento de las prestaciones sociales vincula, también, al legislador.

Las normas preconstitucionales han de entenderse carentes de validez desde la entrada en vigor de la Constitución en cuanto a que sean contrarias al constitucionalismo social, como ha sucedido con respecto a diferentes prestaciones establecidas para la protección a distintas contingencias.

Es decir, el constitucionalismo social español tuvo que abordar reformas legales para que las consecuencias jurídicas que se derivan de situaciones iguales sean también tratadas con fórmulas iguales, especialmente, con relación a medidas que consideraban a las mujeres como seres inferiores con derecho a menor protección social, y víctimas del falso proteccionismo. Asimismo, las modificaciones normativas tuvieron que enfrentarse a las prestaciones que se concebían en términos de los tradicionales roles, que implementaban procurando "cuidar" a las mujeres en un sistema de seguridad social que intervenía en defecto de la protección que debía de otorgar el varón de quien se les hacía depender.

Por otro lado, desde el orden de la jurisdicción constitucional, también se ha tratado de dar protección a la situación que se produce con respecto de la desventajosa contratación a tiempo parcial, que conlleva una inferior protección con relación en el acceso a la protección social[687].

Esto es, la STC 253/2004, de 22 de diciembre de 2004, ha considerado inconstitucional y nulo el párrafo segundo del artículo 12 del ET[688]. En este caso se resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sobre el asunto planteado por una trabajadora contra el INSS en reclamación de su derecho a percibir prestación por incapacidad permanente, motivada por padecer una dolencia que le imposibilitaba

[687] El Juzgado de lo social, una vez celebrado el juicio y antes de dictar sentencia, planteó al TC cuestión de inconstitucionalidad, por entender que el párrafo segundo del artículo 12.4 del ET violaba el artículo 14 de la CE, al establecer un trato diferente entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo en el cómputo del período de carencia para tener derecho a prestaciones sociales, y por constituir una discriminación indirecta por razón de sexo, SILVÁN, EVA, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22/12/2004", *Revista Trabajadora,* IV Época, núm. 14 de diciembre de 2004, Secretaria de la Mujer de CCOO.

[688] Esta sentencia resuelve el caso presentado en relación con la redacción dada al artículo 12.4 ET por el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/95, de 24 de marzo, y que fue modificado y posteriormente sustituido por el Real Decreto Ley 15/98, del 7 de noviembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo en relación con el trabajo a tiempo parcial y el fomento de su estabilidad, aprobado en desarrollo del Acuerdo de 13 de noviembre de 1998, suscrito por el Gobierno y la Unión General de trabajadores y Comisiones Obreras, sobre trabajo parcial y el fomento de su estabilidad.

trabajar. El INSS le había denegado la prestación por tener acreditados sólo 4.024 días cotizados cuando necesitaba reunir 4.045 días. La trabajadora, limpiadora de profesión, no alcanzaba los 4.045 días, porque en los períodos trabajados con contrato a tiempo parcial, había cotizado por hora trabajada y no por día trabajado, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 12.4 del ET entonces en vigor, que establecía que: "*Para determinar los periodos de cotización y de cálculo de la base reguladora de las prestaciones de la Seguridad Social, incluida la protección por desempleo, se computara exclusivamente las horas trabajadas".*

La inconstitucionalidad de este artículo se planteó en dos direcciones, *en primer lugar*, el TC consideró que se está estableciendo un trato desigual a los trabajadores/as a tiempo parcial por compararles con los trabajadores/as a tiempo completo, a efectos de período de cotización para causar derecho a las prestaciones contributivas de seguridad social (de invalidez permanente en el caso concreto). Así, esta regulación vendría a vulnerar el mandato de igualdad de trato en la Ley que consagra el artículo 14 CE, tanto porque con esta regulación se produce una ruptura del principio de proporcionalidad que es uno de los aspectos de la igualdad, como por suponer una discriminación indirecta por razón de sexo, prohibida en el ámbito constitucional.

El principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada y razonable, sino también que esa diferenciación supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Pues bien, si se examina la norma cuestionada resulta que para determinar los períodos de cotización exigibles para causar derecho a las prestaciones, cuando existen períodos trabajados a tiempo parcial, se produce un resultado desproporcionado desde la perspectiva del derecho de igualdad, al menos en relación con aquellas prestaciones contributivas que exigen amplios períodos de cotización (como es el caso de las pensiones de jubilación e invalidez permanente), pudiendo generar incluso supuestos de desprotección ante situaciones reales de necesidad que afectan a las personas trabajadoras a tiempo parcial.

El TC ha considerado que el tratamiento normativo establecido para el contrato a tiempo parcial en materia de cotización no es contrario al artículo 14 CE en aras del principio contributivo, y por ende, que

el trabajo a tiempo parcial conlleve una pensión de cuantía proporcionalmente inferior a la de un trabajador/a a tiempo completo. Vale decir, el contrato a tiempo parcial supone un esfuerzo contributivo menor (como consecuencia del inferior salario percibido) que en el caso del contrato a jornada completa. Por lo tanto, el TC ha señalado que es razonable que las bases reguladoras de las prestaciones de seguridad social se calculen en función de las cotizaciones realizadas en el caso de los contratos a tiempo parcial.

No obstante, por las conclusiones que anteceden llevarían ya a declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por lesión del principio de igualdad en la Ley (artículo 14 CE), desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada y el resultado producido, así como la finalidad pretendida. La norma del ET objeto de este proceso lesiona el principio de igualdad en la ley, desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad entre la medida adoptada, porque, además, el resultado producido y la finalidad pretendida constituye una discriminación indirecta para las mujeres principales titulares de estos contratos de trabajo a tiempo parcial, prohibida por el artículo 14 de la CE.

En segundo término, en esta sentencia 253/2004, de 22 de noviembre de 2004, el TC justifica su decisión (FJ7) en relación con la apreciación de discriminación indirecta por razón de sexo, puesto que como se ha señalado anteriormente por el propio TC y el TJE cuando se aducen que un derecho es vulnerado por infringir la igualdad de mujeres y hombres, "*no resulta necesario aportar en todo caso un tertium* comparationis *para justificar la existencia de un tratamiento discriminatorio y perjudicial, máxime en aquellos supuestos en los que lo que se denuncia es una discriminación indirecta".*

En estos supuestos, lo que se compara no son los individuos, sino grupos sociales en los que se ponderan estadísticamente sus diversos componentes individuales. De acuerdo con los datos facilitados por el Instituto de la Mujer, las personas trabajadoras a tiempo parcial es un colectivo predominantemente femenino[689]. Las mujeres forman parte del concepto que la jurisprudencia constitucional ha denominado

[689] A estos efectos recordó la doctrina de la jurisdicción constitucional sobre el derecho a la igualdad en la ley *"a) no toda desigualdad de trato en la ley supone una infracción del artículo 14 de la Constitución, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando*

"*de grupos formados por personas que pertenecen, mayoritariamente, a colectivos que deben estar especialmente protegidas por el artículo 14 de la CE*", en nuestro caso, las mujeres.

En estos casos, cuando se denuncia una discriminación indirecta entre las mujeres y los hombres no se exige aportar como término de comparación la existencia de un trato más beneficioso atribuido única y exclusivamente a los varones, basta como ha señalado, tanto por la jurisdicción comunitaria como la constitucional española 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 personas trabajadoras femeninas.

En suma, para que quepa considerar vulnerado el derecho y mandato antidiscriminatorio consagrado en el artículo 14 de la CE debe producirse un tratamiento distinto, y perjudicial para el grupo social formado de forma claramente por mujeres. Dicho de otra manera, la protección de los derechos sociales de las mujeres implicaba que cuando se invoque una diferencia de trato se realice, precisamente, por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación –como es la situación social de las mujeres-. Asimismo, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al artículo 14CE.

El TC declara inconstitucional y anulado este apartado de este artículo del Estatuto de los Trabajadores, puesto que se admite en el fundamento jurídico octavo que de acuerdo a los datos estadísticos facilitados por instituciones oficiales está acreditado suficientemente, que el contrato a tiempo parcial es una fórmula contractual que afecta de hecho predominantemente al sexo femenino. Así,

---

la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable, además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos".

entendió el TC que con esta regulación se produce un resultado *"desproporcionado, al dificultar el acceso a la protección de la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial".*

En síntesis, con la fundamental intervención del TC desde su labor de orientación e interpretación del texto constitucional, las reformas sociales del sistema de seguridad social han supuesto que se conviertan en el mecanismo para lograr una apertura efectiva del Estado social a los derechos de las mujeres. Por eso, la necesidad de eliminar del ordenamiento jurídico español aquellos contenidos e instrumentos que impedían a las mujeres ejercer sus derechos sociales como sujetos de derechos propio.

De ahí, que tras la entrada en vigor de la Constitución se pusiera en duda la validez de toda norma social en virtud de la incidencia en ella y en la normativa anterior, del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, establecido por el artículo 14 CE. El sistema de seguridad social se confirma como el instrumento para la redistribución de los recursos de forma solidaria y al margen de todo tipo de condicionamiento sexual. La línea del constitucionalismo social ha sido evidenciar la conexión del acceso a los derechos del sistema de seguridad social con otros derechos constitucionales, como el derecho a la vida y el derecho a la igualdad y a la dignidad en su existencia, pues esta protección constitucional ha sido la determinante para que se reafirme la defensa individual de las mujeres en el sistema de la seguridad social.

5.3.2. La nueva protección jurídica a otras prestaciones sociales: viejos problemas de discriminación entre las mujeres y los hombres

El papel que tradicionalmente han desempeñado mujeres y hombres en la sociedad está experimentando una importante transformación, sin embargo, como se ha podido apreciar a lo largo del trabajo, las mujeres por unas u otras causas continúan viendo sus derechos sociales afectados por la tradicional desventaja histórica. En todo caso se puede considerar positivo los avances producidos en el marco de la reforma del ordenamiento jurídico social tendente a implementar un sistema de seguridad social en aras de que los derechos sociales de las mujeres tomen entidad propia.

En España, el devenir normativo se ha encaminado, como señalamos en el capítulo cuarto, a eliminar los criterios que excluían a mujeres y hombres del sistema público de seguridad social, así como a equilibrar las prestaciones sociales sin que por razón de sexo pudiese existir diferencias en la cuantificación de la pensión o subsidio que pudiera corresponder a los beneficiarios/as de uno y otro sexo.

Tal como se ha indicado en el capítulo primero, sin rebasar los límites de su competencia, el TC en sede de amparo ha realizado una labor de defensa de ciertos derechos sociales para que sean emanados desde la no discriminación de género, y a partir de un equilibrio en la definición del contenido social; a la par que se convierte en el fundamento para su ejercicio sin distinción de trato entre las mujeres y los hombres

De ese modo, se debieron modificar las cuantías de LAS LESIONES PERMANENTES NO INVALIDANTES, que se diferenciaban en su importe según se tratase de órganos físicos masculinos o femeninos. Así, con la OM de 11 de mayo de 1988 se establece la igualación de las cuantías asignadas en esta situación de necesidad derivada de la afectación de un miembro del cuerpo humano de forma irreversible, juntamente con las modificaciones introducidas por la OM de 20 de marzo de 1990.

Por otra parte, con respecto de LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA, las modificaciones legales han ido enfocadas al reconocimiento sin distinción de sexo de cada una de las respectivas prestaciones previstas para cada uno de los estados de necesidad derivados de la muerte del causante[690]. Estas prestaciones tienen el fin social de brindar recursos suficientes para atender a las

[690] STC 103/83, de 22 de noviembre y STC 104/83 de 23 noviembre. Asimismo, la STC 42 /1984, de 23 de marzo, Mutualidad de Previsión de la Administración Local, declaró inconstitucional que el viudo de una funcionario, debía demostrar necesidad económica para acceder a las prestaciones, requisito que no se pedía a la viuda de un funcionario, cuando ambos funcionario y funcionaria habían cotizado en iguales términos. En este orden, la STC 315/94, de 28 de noviembre, el TC declara inconstitucional la norma del Reglamento de la Diputación foral de Navarra de 1931, que concedía una pensión de orfandad a los hijos varones de empleados municipales hasta los 25 años, sin límite de edad para las mujeres hasta que tomen el estado civil de matrimonio o religioso, negando el igualar por arriba como pedía el demandante, por ser un régimen no justificado, ni razonado, incompatible con los valores constitucionales. Con la misma línea, las STC 142/1990, de 20 de septiembre, STC 158/1990, y STC 58/1991, invalidan el artículo 3.1 del Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955, en cuanto a que excluía a los varones de la pensión de viudedad del seguro obligatorio de vejez e invalidez -SOVI-. En esta voluntad se

necesidades de los familiares del fallecido/a que ven su situación económica peligrar, y que acceden a las pensiones de viudedad, orfandad y pensiones y subsidios a favor de familiares por estar ligadas a los derechos adquiridos por los causantes.

La línea de la jurisdicción constitucional señaló que debían ser calificadas como inconstitucionales, las exigencias de la normativa cuando estableciesen diferentes tratos a las mujeres que a los hombres en el reconocimiento de estas prestaciones. Consecuentemente, el tratamiento jurídico otorgado a estas prestaciones se separaba su consideración del concepto de acción positiva, puesto que se les dispensa un falso proteccionismo a las mujeres que no trabajaban y se les desposeían de sus derechos de causar prestaciones a las mujeres que trabajaban.

En referencia a LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN, las reformas legales se encaminaron a eliminar de la normativa aquellas condiciones que establecían una "invitación" a abandonar el puesto de trabajo a una edad sensiblemente inferior a la exigida para los varones; en estos casos, las mujeres tendrían derechos de pensiones de cuantía inferior a las prestaciones sociales percibidas por sus compañeros que hubiesen podido seguir trabajando y cotizando.

Así, se busca que las normas legales no creen entre la ciudadanía situaciones desiguales o discriminatorias, y, además, con este control del TC se busca que el poder constitucional ponga en marcha los mecanismos jurídicos idóneos, y de esa forma restablecer la igualdad de sexos rota por estas condiciones desiguales en el trato dispensado a las trabajadoras del establecido para los hombres. En la actualidad, la pensión de jubilación tiene como objetivo dar protección digna a los estados de necesidad se producen por el cumplimiento de una determinada edad, que les impide continuar trabajando.

---

manifiestan las STC 144/1989 de 18 de septiembre, STC 176/1989 de 30 de octubre, STC 49/1989 de 26 de marzo, STC 58/1990 de 14 de marzo, STC 158/1990 de 18 de octubre, STC 5/1992 de 16 de enero y STC 102/1992 de 25 de junio. De este modo, el Decreto de 23 de 1966, en el artículo 32 fue considerado como inconstitucional al reconocer como beneficiarios del subsidio de viudedad a las viudas, y a los viudos sólo cuando fueran discapacitados. Este precepto se encuentra calificado como discriminatorio en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Asimismo, STC 3/1991, de 14 de enero de 1993, al amparo de las STC 103/1983 y 104/1983, se considera que la limitación de las prestaciones a favor de familiares a las hijas y hermanas, infringe el principio de igualdad, suponiendo una discriminación por razón de sexo. En la relación directa a esta posición con respecto de los viudos como sujetos beneficiarios de la pensión de viudedad, del artículo 160.2 de la LGSS, se manifiestan la STC 301/82 y la STC 288/82.

Sin embargo, la igualdad ante la ley que tantas veces ha fundamentado los fallos del constitucional, no ha sido suficiente para otorgar protección a las mujeres en la garantía de acceder a prestaciones de cuantía equiparable a la media percibida por las personas trabajadoras varones. En la actualidad, la pensión contributiva por jubilación para las mujeres es 441,9€, para los hombres 717,8€, y la medida total de 625,3€. No obstante, la media de la pensión de jubilación del nivel contributivo es para las mujeres de 445,9 euros en el tramo de edad de 65 a 69 años, mientras que para los hombres es de 710,5 euros en ese mismo tramo; una diferencia de más de 300 euros que muestra que las bases de cotización de estas mujeres son inferiores con respecto de los hombres, siendo cuantificadas en función de sus salarios[691]. En la misma línea, por incapacidad permanente, el total la media es 641,2€, para hombres 700,6€, y para las mujeres 508,6€.

En esta medida, se puede señalar que la situación de desventaja de las mujeres también está presente en la ue, así, de ordinario, la pensión media comunitaria es inferior las de las mujeres a los hombres, pero en el caso de Finlandia es esta diferencia del 27%, en el caso de España del 37% y, en Austria en el 2002 es de un 45%, mientras que en el Reino Unido de un 16%[692].

En consonancia con todo lo expuesto, las causas pueden mostrarse, bien en el contenido contractual de la relación laboral de la que son titulares las mujeres, como se ha indicado, las mujeres son principales objeto de contratación temporal, a tiempo parcial, o bien, también, porque son titulares de condiciones laborales y de empleo inferiores con respecto de sus compañeros a la par que sus salarios que determinan las bases de cotización son de menor cuantía. Igualmente, puede considerarse como una de las principales causas, las interrupciones de sus carreras profesionales motivadas por atención de sus responsabilidades familiares.

En la actualidad, las prestaciones que reciben las mujeres en el marco del sistema de la seguridad social están siendo el reflejo de esta situación de discriminación que sufren las mujeres en el ámbito laboral, y que determina la discriminación de las mujeres en el sistema de protección social. Es decir, el

[691] Memoria del Consejo Económico y Social, "*Sobre el contexto socioeconómico y laboral de España",* junio de 2003, pág.485. www.ces.es
[692] www.europa.eu.int

sistema de seguridad social en su carácter contributivo cuantifica las prestaciones en función de las previas aportaciones sociales.

Precisamente, los siguientes datos confirman esta reflexión, es decir, a pesar de la nueva normativa siguen siendo, principalmente, las mujeres las que abandonan su empleo por razones personales o familiares. Datos que muestran un abandono del mercado por motivos familiares en creciente índice desde 1997, eso es, en 1992 fueron el 3,3% las mujeres que dejaron el mercado de trabajo por motivos familiares, y en el 2004 fueron el 5,4%; en oposición, el abandono de los hombres de su empleo por tal motivo fue de 6.000 en el 2003, con lo cual disminuye, puesto que en valores relativos en 1992 era del 2,5%, y en el 2004 del 0,4%[693].

AÑO	PORCENTAJE
2000	94,17%
2001	94,45%
2002	94,89%
2003	93,89%
2004	93,20%

Todos estos datos constituyen el referente fáctico de una realidad: evidencian, aunque sea de forma básica, que las cargas familiares y las exigencias del mercado de trabajo se interfieren mutuamente en el caso de las mujeres.

En suma, si las mujeres por diferentes causas cotizan en menor número, y cuantía lógicamente sus pensiones y subsidios serán de inferior cuantía a la percibida por los hombres que responden al perfil de contratados a tiempo completo, y mayores salarios que las mujeres. A la vez que, habitualmente, no dejan de trabajar para atender a sus necesidades familiares frente a la situación de las mujeres, que por el contrario, estas responsabilidades suelen suponer a las mujeres brechas en sus carreras profesionales, que en la mayoría de las ocasiones se convierten en insalvables a lo largo de su vida laboral.

[693] Consejo Económico y Social, "*II Informe sobre la situación de las mujeres en la realidad sociolaboral española*", Fuente: INE, Panel de Hogares de la Unión Europea. Se completa, con la información ofrecida por Phogue, 2000. www.ces.es

Al mismo tiempo, las mujeres en la actualidad, derivado de su inferior incorporación al mercado de trabajo en décadas pasadas, son las principales perceptoras de pensiones derivadas de las personas de las que dependían económicamente. Como consecuencia de esta situación, el 92% de las pensiones por muerte y supervivencia son percibidas por mujeres, cifrándose, en el 2003 – unidades de miles-, las pensionistas viudas en 1.950,7 frente a 141,1 de viudos.

Asimismo, hay una clara diferencia entre perceptores del nivel contributivo y del nivel no contributivo, puesto que las mujeres, únicamente, son perceptoras en un 33% de la pensión de jubilación en el nivel contributivo, y en un 30% de la pensión de incapacidad permanente contributiva. Las mujeres perceptoras de jubilación contributiva se registran -unidades de miles- 1.537,5 en cambio el número de hombres beneficiarios de esta prestación es de 3.054,4[694].

Por el contrario, las mujeres son perceptoras de prestaciones no contributivas durante el 2003, por jubilación en un 84,05% y por incapacidad permanente en un 58,76%. En efecto, estos datos revelan que el nivel contributivo de la seguridad social es claro ejemplo de las consecuencias indirectas de las inferiores condiciones laborales que sufren las mujeres, y de su tradicional alejamiento de una vida laboral retribuida y asegurada socialmente.

En síntesis, el estado marginal de las mujeres en el sistema de la seguridad social en cuanto a estas prestaciones se refiere, sutilmente, es detectable en el marco del derecho material, pero la misma se debe valorar por los resultados reales de la protección social a la que tienen derecho las mujeres con respecto de los hombres. De tal modo, que tras el análisis de todos los datos anteriores se puede indicar que la actual situación del sistema social español está infringiendo la igualdad real a tenor del artículo 9.2 CE, puesto que no es cierto que las mujeres disfruten de condiciones que permita hablar de paridad socioeconómica con los hombres.

[694] Datos obtenidos del Instituto de la Mujer, 2002. Las diferencias entre las pensiones mínimas son fijadas anualmente por la Ley de presupuestos del Estado, así para 2004 las diferencias entre las pensiones de jubilación y viudedad a los 65 años muestra una diferencia cuantitativa de hasta 70 euros, Ley 61/2003, 30 de diciembre y el RD 2/2004, de 9 de enero. www.mtas.es/mujer/mcifras.

La igualdad constitucionalizada supone eliminar todos aquellos instrumentos que constituyen una normativa basada en estereotipos sociales, y que legítima que las situaciones de desventajas que sufren las mujeres sean afrontadas con medidas y mecanismos jurídicos, que les permitan un acceso real al disfrute efectivo de los derechos sociales en los términos aducidos por el texto constitucional. Por ello, más allá de la lógica formalista de la interpretación de la situación de las mujeres en el sistema de la seguridad deben ser desplegados los suficientes elementos sociales, laborales, culturales y económicos para que las mujeres no vean afectados sus derechos.

Por eso, el sistema de seguridad social como instituto jurídico debe evaluar la constitucionalidad de las normas, pero, también se debe de establecer un control constitucional sobre la efectividad de las normas, pues sus resultados no están produciendo la igualdad real de mujeres y hombres desde la perspectiva de la percepción de las pensiones sociales. A tal fin es preciso afrontar ciertos problemas preestablecidos en la determinación de los elementos que definen el sistema de la seguridad social, ya que la realidad muestra que no tanto en el concepto, como en la cuantía las diferencias entre las mujeres y los hombres continúan siendo substanciales para que se pueda seguir hablando de discriminación de las mujeres en el sistema de la seguridad social.

En definitiva, se trata de seguir avanzando para que las mujeres tengan una posición en el sistema de la seguridad social en igualdad con los varones, acabando con los estereotipos sociales que hacen pervivir la brecha entre lo productivo y lo reproductivo, negando a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos sociales por su sexo.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo, cuyo objetivo fundamental es el análisis crítico de la posición de las mujeres en el marco del derecho constitucional de la protección dispensada por el sistema público de la seguridad social, hemos llegado a las siguientes consideraciones:

PRIMERA. El Estado social supuso la garantía jurídica de los derechos sociales de la ciudadanía en términos de igualdad de mujeres y hombres. En esta medida, el Estado social fue un avance en el reconocimiento de la posición de las mujeres en el contexto social, político y económico, si bien solamente desde la perspectiva formal. De forma paulatina se han incorporado elementos en el ordenamiento jurídico que garantizan a las mujeres el ejercicio de sus derechos sociales, al propio tiempo que son formulados con el objetivo normativo de considerar a las mujeres, también, parte del concepto de ciudadanía social.

En este sentido, el Estado social tiene la responsabilidad de integrar el nuevo *telos constitucional,* eliminando los obstáculos que impiden a las mujeres disfrutar de sus derechos sociales de una forma plena. A saber, la actuación estatal tiene la responsabilidad de que las diferencias biológicas no supongan barreras sociales, económicas o políticas para las mujeres en su consideración de sujetos de derecho, que conlleva ser titular, sin restricciones, de los derechos sociales planteados desde la perspectiva de la igualdad de condiciones con respecto de los hombres.

SEGUNDA. No obstante, la realidad se obstina en demostrar que todavía permanecen en nuestro ordenamiento jurídico medidas que impiden eliminar todas aquellas circunstancias, que suponen una situación de desigualdad para las mujeres por razón de su sexo. Las mujeres continúan viendo afectado el ejercicio de sus derechos sociales por la brecha existente entre el ordenamiento normativo que sirve para el desarrollo de estos derechos, y la efectividad de los mismos en una realidad que persiste en discriminar a las mujeres.

Dicho de otra manera, esta situación de discriminación de género continúa generándose, a pesar de la protección jurídica que brinda el constitucionalismo social a los derechos sociales de las mujeres, incluido el derecho a la protección social. Esta diferencia entre las mujeres y hombres se ve agravada por la mundalización de la economía, en cuanto a que no se ha visto acompañada con una globalización social. Las nuevas condiciones económicas están afectando a los grupos sociales más débiles, que como en el caso de las mujeres se convierten en el colchón social, pues a resultas de la globalización económica deben de soportar los efectos perniciosos fruto de estas transformaciones.

TERCERA. En la confección de políticas sociales, el Estado social se está desenvolviendo técnicamente mediante "programas" de actuación más o menos progresivos según la tendencia del partido o partidos dominantes, pero en los últimos tiempos afectados por el objeto de cohonestar la política social con los poderes económicos, que en ocasiones han buscado la captación de mayor número de votos. En el actual contexto, la definición de los objetivos de la política social se muestra mediatizada por los intereses económicos privados, es decir, a menudo las políticas sociales europeas se efectúan sobre la base de la rentabilidad económica a tenor de una clara inspiración liberal contraria a toda intervención del Estado social. De ahí, que se haya insistido recientemente en las dificultades de pervivencia del Estado social, del que se ha llegado a decir que ha sido *"una victima de su propio éxito".*

Dicho de otro modo, en este nuevo contexto político y económico nacen dificultades resultado del conflicto que se da entre, por un lado, el establecimiento de criterios restrictivos para fijar el gasto público, imperante en los presupuestos generales españoles de las últimas décadas, y, por otro lado, cumplimiento por parte del Estado de un papel estratégico en la resolución de los desequilibrios sociales provocados por la dinámica del mercado. Es decir, se trata de un conflicto de fondo entre la economía de libre mercado y la propia concepción del Estado social como garante de un orden económico y social justo, que exige que la acción política garantice la igualdad de mujeres y hombres.

Por eso, de manera más necesaria la constitucionalización social reclama que las políticas sociales cumplan con los fines que vertebran la categoría social del Estado, aunque se haga precisa la redimensión de su papel en el plano socioeconómico.

CUARTA. El ejercicio de la protección a cualquier derecho social debe de ir precedido de la garantía del derecho a la libertad de decisión de las mujeres. Por ello, la necesidad de dar protección a su derecho a trabajar, puesto que sólo desde su independencia económica podrá constituirse como un sujeto con capacidad de decidir sobre sus deseos e intereses. Sin embargo, las mujeres siguen pagando el peaje por su sexo y por su capacidad de ser madre, que sigue estando ligada a la creencia de una "relación especial con el hijo/a", y que les impide el acceso al mercado profesional en igualdad de oportunidades y resultados con respecto de los hombres. De ese modo, se impide hablar de igualdad de mujeres y hombres formal y fáctica.

El mercado laboral en España se ha visto transformado por la creciente incorporación de las mujeres. Sin embargo, la posición de las mujeres en el mercado sigue siendo de inferioridad con respecto de la de los hombres, agravando su situación los estereotipos sociales relativos a sus limitaciones físicas en el trabajo, pero, también son víctimas de discriminación por la ausencia de un equilibrio en las tareas familiares, que se formulan sobre los tradicionales valores culturales del papel de las mujeres en la familia haciéndoles principales responsables, en un claro desequilibrio con los varones, de las tareas del hogar y del cuidado de los miembros de la familia.

Es decir, los datos sobre el mercado laboral, la participación sociopolítica, la realización del trabajo doméstico, la violencia contra las mujeres, la pobreza, y otros valores de índole socioeconómica siguen mostrando la existencia de una jerarquización en las relaciones y la posición social de los hombres y las mujeres, que tiene su origen en los estereotipos y patrones socioculturales de conducta en función de su sexo. Este criterio asigna a las mujeres la responsabilidad del ámbito de lo doméstico y a los hombres la del ámbito público, sobre la base de una muy desigual valoración social y reconocimiento económico. De manera obvia, todo ello condiciona el ejercicio pleno de los derechos inherentes a la ciudadanía social por parte de las mujeres.

QUINTA. Tanto en el marco supranacional como en el ámbito de la Unión Europea con el constitucionalismo social se han producido importantes compromisos en la garantía jurídica de los derechos sociales. Así, especialmente, en este contexto europeo se considera que el sistema de la seguridad social se debe de configurar como el instrumento que dinamice la economía, a la vez que se ha

transformado en el principio orientador de la política económica y social comunitaria para alcanzar la justicia social, desde la solidaridad y la igualdad de mujeres y hombres.

De esta forma, el sistema de la seguridad social debe ser el mecanismo que permita garantizar la seguridad material que precisa la ciudadanía ante los casos de infortunio. Pero debe implementarse como el instrumento jurídico que reconozca a las mujeres ser titulares de una protección social, que les garantice el derecho a una vida digna desde la protección de su bienestar material en las situaciones de necesidad, y sin distinción sexo. En esta medida, debemos de destacar que la actuación del orden jurisdiccional comunitario ha sido y es fundamental. Así, se ha convertido en el principal valedor de la defensa de los derechos sociales de las mujeres europeas, sin que por ello se considere un traslado de las competencias entre los poderes públicos, puesto que no se debe considerar esta vía la forma de normalizar la realidad social, sino que debe de servir para orientar la actuación de los poderes de la Unión Europea, y por ende, de los poderes públicos de los veinticinco Estados miembros.

Pese a que son importantes los compromisos normativos europeos en materia social, la Comunidad sigue viéndose afectada por las dificultades de avanzar en aras de la armonización de las políticas sociales europeas, y de forma particular en referencia a la competencia del sistema de seguridad social, pues se ve dificultado no sólo por las tendencias soberanistas de algunos Estados miembros, sino, especialmente, por la dificultad de conjugar el modelo social europeo, basado en un sistema público de seguridad social con las tendencias, influyentes por ser alentadas por el poder empresarial, del neoliberalismo económico propio del proceso de globalización.

Por esta causa, a pesar de todas las dificultades, es básico que la Constitución europea haya calificado como derecho fundamental el derecho de acceso a las prestaciones sociales frente a los accidentes laborales, enfermedades, y maternidad. Asimismo es considerado constitucionalmente como derecho fundamental, el poder conciliar la vida familiar y laboral, especialmente, en referencia a las mujeres y la maternidad.

SÉXTA. En España, el derecho al sistema de la seguridad social en el ordenamiento constitucional español se ha configurado como principio rector de la vida económica y social. El catálogo de medidas

concebidas en el sistema de seguridad social ha tratado de otorgar a las mujeres una posición en el sistema social, que supone el reconocimiento de las prestaciones sociales en términos de igualdad y no discriminación por razón de sexo.

No obstante, evaluándose de modo positivo los avances que se han producido para situar a las mujeres en una posición de igualdad con respecto de los hombres en el ordenamiento jurídico social español, las propias dificultades de dar garantías a los derechos sociales se ven agravadas cuando se refieren a las mujeres. Esto es, debemos de indicar que todavía persisten lagunas normativas sobre la protección de los derechos sociales de las mujeres, que impiden afirmar que las mujeres tienen el mismo tratamiento formal que los hombres en materia de seguridad social.

Sin embargo, las mayores dificultades para el ejercicio de los derechos sociales por parte de las mujeres se siguen planteando con relación a una realidad que de forma más sutil, y por ello más difícil de perseguir, sigue acosando a las mujeres. Vale decir, que la existencia de un ordenamiento jurídico que brinda protección a las mujeres en igualdad con respecto de los hombres no logra impedir que las mujeres continúen sufriendo violaciones de sus derechos sociales, y, por consiguiente, de su derecho a ser beneficiarias de una protección social justa y adecuada. Es decir, las mujeres siguen estando discriminadas social y económicamente, y este hecho conlleva que también sean víctimas de discriminación por un sistema de seguridad social diseñado con parámetros masculinizados.

SÉPTIMA. Las mujeres se ven discriminadas en la esfera laboral, y en un sistema como el español que sigue asentado en el principio contributivo, y sin superarse totalmente el esquema del seguro privado, porque las cotizaciones efectuadas serán determinantes para cuantificar las prestaciones económicas. Esto es, las mujeres son titulares de una notable precariedad en el mercado de trabajo que se traslada, en su momento, a una inferior protección social. De ese modo se provoca que las mujeres estén afectadas por una discriminación social en el marco del sistema de la seguridad social, a pesar de que, en el mundo contemporáneo, las mujeres españolas han hecho saltar las compuertas existentes a su posición social incorporándose al mercado laboral de forma mayoritaria.

En este orden, consideramos que la intervención del Estado social español debe de continuar garantizando los derechos sociales de las mujeres sin perjuicio de la posible colaboración en la gestión y mejora por parte de las entidades privadas. En consecuencia, sus obligaciones de garantía del sistema público de la seguridad social se hacen sustanciales a la necesidad de dar garantías a sus obligaciones de protección a los restantes derechos sociales de las mujeres en el ámbito laboral, y dentro de su desarrollo profesional.

En España, el ordenamiento jurídico regulador del sistema de protección social tiene pendiente las lagunas legales existentes en la regulación del sistema de seguridad social en referencia particularizada a las mujeres. A la par que sin duda una de las mayores causas de discriminación es la pervivencia de roles sexuales producto de las tensiones entre la realidad y la norma constitucional, que a menudo se presenta con manifestaciones sutiles de discriminaciones, a pesar de ello no deja de ser un problema social.

Por tales circunstancias, todos los poderes públicos tienen la obligación de adoptar medidas para corregir las situaciones de discriminación que sufren más de la mitad de la población española por razón de su sexo. La protección social, como instrumento del constitucionalismo social, continúa exigiendo avances en la regulación de los criterios que inciden en la determinación y cuantificación del contenido prestacional del sistema de la seguridad social. Eso es, que se proteja y se implemente una debida satisfacción en el ordenamiento jurídico, exhibiendo fórmulas que den eficacia al contenido constitucional de los derechos sociales de las mujeres

OCTAVA. El sistema de la seguridad social debe seguir avanzando en una protección de los derechos de las mujeres para que su constitución como titulares de las prestaciones sociales sea en términos de igualdad de mujeres y hombres. Aunque, no se puede obviar que el siglo XXI supone para el sistema de seguridad social la necesidad de afrontar nuevos parámetros definitorios de su estructura y contenido, tanto demográficos y económicos como sociales.

El sistema de la seguridad social está ligado a los derechos a la vida, integridad física y libertad. Así, los poderes públicos en el Estado social deben por mandato constitucional realizar el desarrollo de

una justa protección social en igualdad de condiciones entre los hombres y las mujeres, convirtiéndose para la acción estatal en una obligación positiva.

El artículo 41 de la Constitución española exige a los poderes públicos la adopción de un conjunto de medidas que favorezcan una actuación integral en la igualdad de trato y oportunidades en materia social. Así como una reorientación en política de protección social para la atención de las necesidades de las mujeres en orden a garantizar su calidad de vida como ciudadanas. De tal forma que se permita que puedan ser mujeres, ser trabajadoras y ser madres sin verse discriminadas o tener que renunciar a ninguno de sus deseos profesionales o personales. De ahí, la necesidad de estrechar la brecha existente entre las mujeres y los hombres con el objeto de evitar que las mujeres deban elegir, y por el contrario, permitir que puedan convertirse en titulares de las conquistas sociales del constitucionalismo del Estado social.

NOVENA. En estos momentos, el reto está en garantizar la aplicación práctica y efectiva del derecho a la igualdad de sexos reconocido formalmente en los textos legales, y, en este sentido, sigue siendo un objetivo de la agenda política española la eliminación de del fenómeno estructural y universal de desigualdad social entre mujeres y hombres.

En esta línea, hemos considerado que, al margen de subsanar las lagunas legales existentes, sigue siendo necesario un plan transversal de acción positiva que establezca medidas para compensar la situación de desventaja histórica sufrida por las mujeres. Además, debe de abordar la eliminación de los obstáculos a los que se enfrentan las mujeres derivados de la persistencia de estereotipos sociales y actitudes tradicionales de índole sexista, que influyen y coartan el ejercicio de estos derechos por parte de las mujeres.

Esta discriminación se detecta con mayor gravedad con relación al embarazo; por lo que podemos afirmar que las fronteras sexuales siguen persistiendo en el ejercicio de los derechos sociales. De esta manera, hemos de señalar que hasta el momento los resultados muestran que queda todavía por evolucionar para alcanzar tal objetivo, porque las medidas jurídicas adoptadas con la democracia social poseen limitaciones e insuficiencias, que incluso han generado efectos no deseados. A tal fin, se hace

insoslayable la mejora de las medidas de carácter jurídico para la conciliación de la vida familiar y profesional.

Precisamente para dar contenido de igualdad de mujeres y hombres a los nuevos objetivos del sistema de la seguridad social, la conciliación de la vida familiar y laboral exige que sean los hombres quienes se corresponsabilicen con un mayor compromiso en tales tareas y funciones, y se avance en el reparto de las tareas domésticas y el cuidado de familiares entre la pareja y miembros de la unidad familiar, porque como señalamos las mujeres han tenido su vida "conciliadísima", por cuanto a ellas les correspondía asumir ambas labores de forma obligatoria.

Por eso, es importante el compromiso de los poderes públicos de la adopción de medidas para que las mujeres puedan ser madres e hijas sin renunciar a su derecho a trabajar. El Estado tiene un papel determinante en la conciliación de la vida familiar y laboral, puesto que su efectividad depende de la disponibilidad de recursos públicos para crear una infraestructura de apoyo a estas medidas de conciliación, además de vigilar el cumplimiento de la normativa adopta al respecto.

En este sentido, la actual línea de actuación estatal está situada en orden a promover instrumentos para que sean los hombres quienes soliciten permisos, licencias y excedencias que establece la ley indistintamente para hombres y mujeres por el cuidado de familiares. Todo ello a la par que se hace inestimable la elaboración y divulgación de campañas de sensibilización a favor del trabajo de las mujeres. De igual manera, que se reclama una mayor implicación de todos los agentes sociales y económicos para enfrentarse al papel que la historia ha asignado a las mujeres.

BIBLIOGRAFÍA

ABENDROTH, W., *El Estado de Derecho Democrático y Social como proyecto político.* En VVAA., *El Estado Social*, Madrid, CEC; 1986.

ABENDROTH, W. y FORSTOFF, E. y DOEHRING, K., *El Estado Social,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

ABRAMOVICH, VÍCTOR y COURTIS, CHRISTIAN, *Los derechos sociales como derechos exigibles,* Madrid, Trotta, 2002.

ACOSTA ESTEVEZ, J.B., "La igualdad y la protección de la mujer en la normativa de la Organización Internacional de Trabajo", *RLT,* núms. 71,72, 73, 1997.

AGUINAGA, J.

"El puesto de la mujer en la reorganización familiar". En Martínez, V., *Mujer y participación en las organizaciones,* Madrid, Estudios de la UNED, 1999.

Igualdad y vida cotidiana. ¿Pero qué quieren las mujeres?, Cuadernos de Familias Democráticas, UNAF, 1999.

El precio de un hijo. Dilemas de la maternidad en una sociedad desigual, Barcelona, Debate, 2004.

AGULLÓ TOMÁS, MARÍA SILVERIA, *Mujeres, cuidados y bienestar social: el apoyo informal a la infancia y a la vejez,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 2001.

AJA, E., *Democracia y socialismo en el siglo XIX español. El pensamiento político Fernando Garrido*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1976.

ALARCÓN CASTELLANOS, M., "Permisos, reducción de jornada y excedencia por razones familiares tras la Ley 39/1999", *AS*, Tomo V, 1999.

ALARCÓN CARACUEL, M.R., "Estado Social y Derecho del Trabajo". En VVAA., *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991,* Madrid, Marcial-Pons, 1992.

ALBA, ALFONSO, *La riqueza de las familias. Mujer y mercado de trabajo en la España democrática,* Barcelona, Ariel Sociedad Económica, 2000.

ALBA, VÍCTOR, *Historia social de la mujer,* Barcelona, Plaza-Janés, 1974.

ALBERDI, INÉS, *Historia y sociología del divorcio en España,* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1979.

ALBORCH, C., *Malas,* Madrid, Aguilar, 2002.

ALCALDE, CARMEN, "La mujer en la guerra civil española", Madrid, *Cambio 16*, 1976.

ALCOBENDAS TIRADO, PILAR.

- *Datos sobre el trabajo en España,* Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas, 1983.

- "El trabajo de la mujer en España (textos seleccionados)", *Revista del Instituto de Estudios Económicos,* núm. 4, 1984.

ALCOLEA TEJEDOR, PILAR, *Discriminación laboral de la mujer: Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación de la mujer desde 1980,* Valencia, Comissions Obreres del País Valencià, Secretaria de la Dona, 1994.

ALEXY, R., *La teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1997, (trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, del original alemán Theorie der Gr*undrechte.* Suhrkamp-Verlag,1986).

ALMANSA PASTOR, JOSÉ MARÍA, *Derecho de la Seguridad Social,* Madrid, Tecnos, (5ª edic.), 1987, (reimp.1991).

ALMEIDA, CRISTINA, "Las mujeres y los veinticinco años de la Constitución", *Revista Meridian,* núm. 31, IV Trimestre 2004. meridian.iam@juntadeandalucía.es

ALMENDROS GONZÁLEZ, MIGUEL ÁNGEL, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos laborales,* Granada, Comares, 2002.

ALONSO, M. y ESCUDERO, A. y MURCIA, A. y REY, F. y SERRANO, N., *Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva en Castilla y León,* Junta de Castilla y León, 2003.

ALONSO GARCÍA, E.

- "El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española", *REDC,* núm. 11, 1984.

- *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

ALONSO, LUIS ENRIQUE, *Trabajo y Ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial,* Madrid, Trotta, 1979.

ALONSO OLEA, MANUEL y MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *La Jurisprudencia sobre Trabajo y Seguridad Social,* Tomo XVII, 2000, Madrid, Civitas, 2001.

ÁLVAREZ BUYLLA, A., *La cuestión y las leyes,* Madrid, Zero-Zyx, 1969.

ÁLVAREZ CORTES, J.C. y TRUJILLO VILLANUEVA, F., "La intervención de los trabajadores y sus representantes en la nueva Ley de Prevención de Riesgos Laborales". En VVAA., *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derechos del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales,* Andalucía (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales), 1995.

ÁLVARO, M.

"Mujeres, feminismo y poder", *Forum de política feminista*, Madrid, 1998.

Feminismo y Filosofía, Barcelona, Síntesis, 2000.

AMORÓS PUENTE, C., *Tiempo de feminismos. Sobre feminismo, proyecto ilustrado y posmodernidad,* Madrid, Cátedra, 1997.

ANDERSON, BONNIE S. y ZINNER JUDITH P., *Historia de las mujeres: una historia propia,* vol. 2, Barcelona, Crítica, 1991.

ANDRÉS ORIZO, F. y ELZO, J., *España 2000, entre el localismo y la globalización*, Madrid, Fundación Santamaría y Universidad de Deusto, 2000.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, PAZ y MANGAS MARTÍN, ARACELI y MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO y RUIZ-JARABO COLOMER, DÁMASO y SILVA DE LA PUERTA, ROSARIO y MOREIRO GONZÁLEZ, CARLOS J., *El Tratado de Niza, Análisis, Comentarios, Textos,* Madrid, Colex, 2002.

APARICIO TOVAR, J., *La seguridad social y la protección de la salud,* Madrid, Civitas, 1989.

ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos,* Madrid, Tecnos, 1990. Citada por, De Castro Cid, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos,* León, Universidad de León, 1993.

ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J., *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional,* Madrid, Cuadernos Civitas, 1990.

ARENAL, C., *La emancipación de la mujer en España*, Madrid, Júcar, 1974.

ARRIERO RANZ, FRANCISCO, *Las mujeres en la historia de España (XIII al XX),* Torrejón de Ardoz, Ayuntamiento de Torrejón, Delegación de la Mujer, 1993.

ASENJO PINILLA, J.L., "Algunos aspectos de la nueva modalidad procesal de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Social Mes a Mes*, núm. 52, 2000.

ASENSI SABATER, JOSÉ (DIR.), *Comentarios a la Ley de extranjería: reformada por la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre*, Zaragoza, Edijus, Fundación Alternativa, 2001.

ATWOOD, M., *El cuento de la criada*, Barcelona, Ediciones B., 1981.

AZNAR, S., "El seguro de maternidad y los médicos", Madrid, *Anales,* I.N.P., 23, núm. 93, 1931.

AYUSO LÓPEZ, TERESA, *Fuentes documentales sobre el trabajo de las mujeres,* Madrid, Akal, 1997.

BADENES GASSET, *Metodología del derecho,* Barcelona, Bosch, 1959.

BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISO y CÁMARA VILLAR, GREGORIO y LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO y CANO BUESO, JUAN y BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA y RODRÍGUEZ, ÁNGEL, *Derecho Constitucional,* vol. I, (2ª edic.), Madrid, Tecnos, 2003.

BALAGUER CALLEJÓN, Mª L.

La interpretación de la Constitución por la jurisdicción ordinaria, Madrid, Tecnos, 1990.

"Igualdad y discriminación sexual en la jurisprudencia del T.C.", *Revista de Derecho Político*, núm.33, 1991.

"Derecho comunitario y derecho interno en la interdicción de la discriminación por razón de género", *Revista de Derecho Comunitario,* núm.1, enero/junio de 2004.

BALCELLS, ALBERT, *Crisis económica y agitación social en Cataluña, 1930-1936,* Barcelona, Instituto de Estudios Sociales de Barcelona, 1971.

BALLESTEROS, JESÚS.

Derechos Humanos, Madrid, Tecnos, 1992.

Postmodernidad: decadencia o resistencia, Madrid, Tecnos, 1989.

BALLESTER PASTOR, MARÍA AMPARO, *La Ley 39/1999 de la conciliación de la vida familiar y laboral,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000.

BARBALET, J.M., "Citizenship: rights, struggle and class inequality", Liviana, Padova, 1992.

BARCELLONA, PIETRO y CANTARO, A., "El Estado Social entre crisis y reestructuración". En *Derecho y economía en el Estado Social*, Madrid, Tecnos, 1988.

BARCELLONA, PIETRO, "Los sujetos y las normas. El concepto del Estado Social". En VVAA., *Problemas de legitimación del Estado Social,* Madrid, 1991

BARRERE UNZUETA, MARÍA ÁNGELES, *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres,* Madrid, Civitas, 1997.

BARRIOS BAUDOR, G.L., "La Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras: a modo de nota informativa", *Aranzadi Laboral,* núm. 2, 1999.

BEBEL, AUGUST, *La mujer y el socialismo,* Madrid, Akal, (reedic., 1ª edic.,1879), 1977.

BEL BRAVO, Mª ANTONIA.

- *La mujer en la historia,* Madrid, Encuentro, 1998.

- *La historia de las mujeres desde los textos,* Barcelona, Ariel, 2000.

BENERÍA, LOURDES, *Mujer, economía y patriarcado durante la España franquista,* Barcelona, Anagrama, 1977.

BRIZ, CARMEN, "Entrevista a Teresa Freixes", *Revista Trabajadora,* núm.14, IV Época, de diciembre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.

www.ccoo.es/sindicato/mujer.html

BIRRIEL SALCEDO, MARGARITA y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, PILAR y OTROS, *Mujeres y Fortaleza Europea,* Granada, Universidad de Granada, Campus Universitario de la Cartuja, 2001.

BLANCO, A.I., "El descenso de la fecundidad en España y el ideal de maternidad intensiva", Ponencia presentada en el VII Congreso Español de Sociología, Salamanca, 2001.

BLANCO, O., *Olimpia de Gouges (1748-1793),* Madrid, Ediciones del Orto, 2000.

BLASCO LAHOZ, J.F., *La protección asistencial en la seguridad social: la Ley de prestaciones no contributivas (Ley 26/1990, 20 de diciembre),* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1992.

BOBBIO, NOBERTO.

- "La teoría pura del derecho y sus críticos", Madrid, Debate, 1990.

–"La función promocional del derecho", Madrid, Debate, 1990.

– "Derecho y ciencias sociales", Madrid, Debate, 1990.

– "Ciencias del derecho y análisis del lenguaje", Madrid, Debate, 1990.

BÖCKENFÖRDE, ERNEST, *Estudios de Derecho y Democracia,* Madrid, Trotta, 2000.

BONINO COVAS, CARLA, *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre las mujeres y los hombres*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

BORDAS, J. y TEZANOS J., *Estudio Delphi sobre la casa del futuro*, Madrid, Sistema, 2000.

BORDERÍAS, CRISTINA, *Entre líneas: trabajo e identidad femenina. Compañía telefónica 1924-1980,* Barcelona, Icaria, 1993.

BORRAJO DACRUZ, E.

De la cuestión social a la política social", Madrid, 1970.

- "Es inconstitucional imponer la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas, así como la exclusión absoluta del hombre de las mismas", *AL*, núm. 39, 1987.

BROCAS, ANNE-MARIE y CAILLOUX, ANNE-MARIE y OGET, VIRGINIE, *Las mujeres y la seguridad social. Los progresos de la igualdad de trato,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

BURDEAU, G., "Les droits économiques et sociaux", *Les libertes publiques,* París, LGDJ, 1972. En De Castro Cid, Benito, *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos,* León, Universidad de León, 1993.

BUSTELO GARCÍA DEL REAL, CARLOTA, *Progresos y obstáculos en la aplicación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.* En Mariño Menéndez, Fernando M., *La Protección Internacional de los Derechos de la Mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996.

CABRERA, I., "*Ciudadanía y género en el liberalismo decimonónico español". También somos ciudadanas*, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2000.

CABRILLO, FRANCISCO, *Matrimonio, familia y economía,* Madrid, Minerva ediciones, 1996.

CALSAMIGLIA, *Introducción a la ciencia jurídica,* Barcelona, Ariel, 1986.

CAMPILLO, NEUS, *Género, ciudadanía y sujeto político en torno a las políticas de igualdad,* Valencia, Institut Universatari d' Estudis de la Dona, 2002.

CAMPILLO SANZ, J., *Derechos fundamentales de la persona humana. Derechos sociales,* (1ª edic., Jus, México, 1952), México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1995.

CAMPOAMOR, CLARA, *Mi pecado mortal: el voto femenino y yo,* Madrid, Librería Beltrán, 1936.

CAMPS, VICTORIA.

-"Paternalismo y bien común", *Doxa, Cuadernos de Filosofía,* núm. 5, 1988.

- *El siglo de las mujeres,* Valencia, Cátedra, 1998.

CANO MATA, A., *El principio de igualdad en la doctrina del Tribunal Constitucional,* Madrid, Derecho Reunidas, 1983.

CAÑAS, GABRIELA, "Un abismo salarial entre los hombres y mujeres", *El País,* de 6 de febrero de 2005.

CAPEL MARTÍNEZ, ROSA MARÍA.

El sufragio femenino en la Segunda República española, Granada, Universidad de Granada, 1975.

El trabajo y la educación de la mujer en España (1900 -1930), Madrid, Ministerio de Cultura, 1981.

CAPELLA, JUAN RAMÓN, *Los ciudadanos siervos,* Madrid, Trotta, 1993.

CAPORALE BIZZINI, SILVIA y MONTESINOS SÁNCHEZ, NIEVES, *La mujer como sujeto de discurso,* San Vicent del Raspeig, Universidad de Alicante, 2001.

CARMONA CUENCA, ENCARNACIÓN, *El Estado Social de Derecho en la Constitución,* Madrid, Consejo Económico Social, 2000.

CARRASCO, CRISTINA.

- *El trabajo doméstico y la reproducción social,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1991.

Mujeres y economía: nuevas perspectiva para los viejos y nuevos problemas, Barcelona, Icaria, 1999.

CARRILLO MARQUEZ, D., "Ley para promover la conciliación de la vida laboral y familiar: Ley 39/1999, de 5 de noviembre. Aspectos Laborales", *AL*, núm.15, 2000.

CASAS BAAMONDE, Mª E., "Igualdad en la aplicación de la ley desigual y discriminación de la mujer" (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 68/1991, de 8 de abril), Madrid, Civitas, *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núm.54, 1992.

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS, *La tutela constitucional de los derechos sociales,* Madrid, Cuadernos y Debates, núm. 5, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CASCAJO CASTRO, JOSÉ LUIS y GIMENO SENDRA, JOSÉ LUIS, *El recurso de amparo,* Madrid, Tecnos, 1985.

CASTELLS, MANUEL*, La era de información, economía, sociedad y cultura,* Madrid, Alianza, 1997-1998.

CASTELLS, ANTONI y BOSCH, NURIA, *El futuro del Estado del bienestar,* Madrid, Civitas, 1998.

CASTRO MARTÍN, T., "Pautas recientes en la formación de pareja", *Revista Internacional de Sociología,* núm. 23, 1999.

CASTRO ARGÜELLES, A.R., *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1998.

CERECEDA, MIGUEL, *El origen de la mujer sujeto,* Madrid, Tecnos, 1996.

CHUECA SANCHO, ÁNGEL G., *Los derechos fundamentales en la Unión Europa,* Barcelona, Bosch, 1999.

COMAS, D., y GRANADO, O., *El rey desnudo: componentes del fracaso escolar,* Plataforma de Organizaciones de Infancia, 2002.

COMISIÓN NACIONAL DEL TRABAJO FEMENINO.

- *Promoción profesional de la mujer en los medios rural y suburbano,* Madrid, Instituto de Estudios Laborales, 1975.

- *El contrato a tiempo parcial y horario flexible,* Madrid, Ministerio de Trabajo,1978.

- *El trabajo de la mujer con responsabilidades familiares,* Madrid, Ministerio de Trabajo, 1978.

CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL.

- www.ces.es

La protección social de las mujeres, Consejo Económico y Social, 2000.

"Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral ", 2002.

"Sobre la negociación colectiva como mecanismos de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres", de 22 de octubre de 2003.

Panorama sociolaboral de la mujer en España, núm. 35, I Trimestre de 2004.

Informe sobre la temporalidad en el Sector Público, 03/2004.

Informe sobre desequilibrios ocupacionales y políticas activas de empleo, aprobado por en Pleno en 26 de enero de 2005.

Panorama sociolaboral de la mujer en España, núm. 39, I Trimestre de 2005, Informe I/2005.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.

- www.poderjudicial.es

CONSELLERIA DE BENESTAR SOCIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA, *Plan de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (2001-2004),* Valencia, Conselleria de Benestar Social de la Generalitat Valenciana, 2001.

CORCHETE MARTÍN, MARÍA JOSÉ, *El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos,* Salamanca, Universidad Salamanca, 2001.

CORREA CARRASCO, MANUEL, *Método, función y estructura del derecho social en España,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 2001.

CORTE HEREDERO, N.

- "Maternidad y cuidado de hijos: su protección en el ámbito de la seguridad social", *RMTAS*, núm.9, 1998.

"El permiso por lactancia y la reducción de jornada por razones de guarda legal", *AS*, 1998, Tomo V.

"La atención de las responsabilidades familiares a través de la excedencia laboral: examen del art. 46.3 del Estatuto de los Trabajadores", *DL*, núm. 59, 1999.

COSSO DÍAZ, JOSÉ RAMÓN, *Estado Social y derechos de prestación,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

COX EDWARDS, ALEJANDRA, *La protección de los derechos humanos de las mujeres migrantes.* En Mariño Menéndez, Fernando M., *La Protección Internacional de los Derechos de la Mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS y PÉREZ DEL RIO, TERESA, *Una aproximación al derecho social comunitario,* Madrid, Tecnos, 2000.

CUENCA ALARCON, M., "El disfrute paterno de la suspensión del contrato por maternidad: coordinación de los ordenamientos laboral y funcionarial", *RL*, núm.8, 2001.

CUESTA, BUSTILLO J., "Hacia el seguro de maternidad. La situación de la mujer obrera en los años veinte". En Jornadas de Investigaciones Interdisciplinaria sobre la Mujer, Madrid, Universidad Autónoma, 1984.

DAUNE-RICHARD, ANNE-MARIE, *Cualificación y representación social.* En Maruani, Margaret y Rogerat, Chantal y Torns, Teresa (DIR.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000.

DE ASÍS, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder,* Madrid, Debate, 1992.

DE CABO MARTÍN, CARLOS.

La crisis del Estado Social, Barcelona, P.P.U., 1986.

Contra el consenso. Estudios sobre el Estado Social y sobre el constitucionalismo del Estado Social, México, UNAM, 1997.

- "El sujeto y sus derechos", *Revista Teoría y Realidad Constitucional,* núm.7, I Semestre del 2001.

DE CASTRO CID, BENITO.

- *Los derechos económicos sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos,* León, Universidad de León, 1993.

El reconocimiento de los derechos humanos, Madrid, Tecnos, 1982.

DE DIEGO VALLEJO, RAÚL, "Informe del CES de Castilla y León", *Diario de León,* 12 de junio de 2003.

DE ISTÚRIZ, J. y ANGUERA, V. y FONTELA, E. y MANTERO, A., *Problemas actuales de la seguridad social en España,* Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1981.

DE JUAN ASENJO, O., *La Constitución económica española,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

DE LA CALLE, MARÍA DOLORES, *La Comisión de Reformas Sociales 1883-1903. Política social y conflicto de intereses en la España de la restauración. Reformas sociales. T.V.,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1989.

DE LA FUENTE VÁZQUEZ, D. (COORD.).

- *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad Foral de Navarra desde la perspectiva de género,* Instituto Navarro de la Mujer, 1998.

- *Análisis de la negociación colectiva en la Comunidad de Madrid desde la perspectiva de género,* Madrid, Dirección General de la Mujer de la Comunidad de Madrid, 1998.

DE LAS HERAS, P., *Individualización de derechos, Jornadas sobre familias: diversidad de modelos y roles*, UNAF, 2001.

DEL CAMPO, S. y NAVARRO, M., *Análisis sociológico de la familia española*, Madrid, Ministerio de Cultura, 1982.

DEL REY GUANTER (DIR.), *El Estado actual de la Negociación Colectiva en España. Balance y perspectivas,* CCNCC, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

DE LUCENAY, M., *Las leyes y el sexo*, Madrid, Fénix, 1937.

DEMA MORENO, SANDRA, *A la igualdad por la desigualdad: la acción positiva como estrategia para combatir la discriminación de las mujeres,* Oviedo, KRK ediciones, 2000.

DE OTTO, IGNACIO, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes,* Barcelona, Ariel, 1988.

DEPARTAMENTO DE LA MUJER DE UGT LEÓN, *Mujer y Empleo,* León, Comisión Ejecutiva de UGT León, 2002.

DE TORRES RAMÍREZ, ISABEL y MUÑOZ MUÑOZ, ANA MARÍA, *Fuentes de información para los estudios de las mujeres,* Granada, Universidad de Granada, Campus Universitario de Cartuja, 2000.

DE VEGA, P., "Mundalización y Derecho Constitucional: crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos,* núm.100, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

DEVEN, INGLIS, MOSS, PETRIE, "Las investigaciones realizadas en Europa sobre la conciliación de la vida laboral y familiar para hombres y mujeres y calidad de los servicios de atención", *Materiales de Trabajo,* núm. 40, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

DE VICENTE PACHES, F. e IBAÑEZ GOZALBO, M., "El permiso por maternidad en caso de nacimiento de un hijo prematuro: un supuesto lamentablemente olvidado", *TS*, núm. 123, 2001.

DE VILLOTA, PALOMA.

La mujer y la ciudadanía en el umbral del siglo XXI, Madrid, Editorial Complutense, 1998.

Globalización y género, Madrid, Síntesis, 1999.

La política económica desde la perspectiva de género: la individualización de los derechos sociales y fiscales en la Unión Europea, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

La individualización de los derechos fiscales y sociales en España: un modelo alternativo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001.

DEX, SHIRLEY, *La división sexual del trabajo. Revoluciones conceptuales en las ciencias sociales,* Madrid, Ministerio de Trabajo Y Seguridad Social, 1991.

DÍAZ, ELÍAS, "El Estado democrático de derecho en la Constitución española de 1978", vol. *Socialismo en España: el partido y el Estado*, Madrid, Mezquita, 1982.

DÍEZ DE VELASCO, MANUEL, *Las Organizaciones Internacionales*, Madrid, (3ª edic.), Tecnos, 2003.

DILLA CATALA, Mª J.

- "El derecho a licencia retribuida por lactancia", *AL*, núm. 17, 1989.

"La nueva regulación de la excedencia por cuidado de hijos (La Ley 4/1995, de 23 de marzo)", *AL*, núm. 40, 1995.

DIRECCIÓN GENERAL DE PRESUPUESTOS Y FONDOS COMUNITARIOS, *Normativa: Fondos europeos, 2000-2006: Fondos estructurales y Fondo de cohesión*, Valladolid, 2001.

DOMÍNGUEZ ALCÓN, CARMEN, *Construyendo el equilibrio: mujeres, trabajo, y calidad de vida,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2001.

DOÑA, JUANA, *La mujer,* Madrid, Emiliano Escolar, 1977.

DUGUIT, *Traite de Droit Constitutionnel*, París, Boccard, 1925. En Peces Barba Martínez, "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos,* Murcia, Universidad de Murcia, 1981; "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales". *Escritos sobre Derechos Fundamentales,* Madrid, Eudema, 1988.

DURAND-DELVIGNE, ANNICK y DURU- BELLAT, MARIE, *Escuela mixta y construcción de género.* En Maruani, Margaret y Chantal, Rogerat y Torns, Teresa (DIR.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado de trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000.

DURAN, MARÍA, "Ley orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. Una Ley para todas las mujeres", *Revista Meridian*, I Trimestre de 2005. www.juntadeandalucía.es/iam

DURÁN HERAS, Mª ANGELES.

- *El trabajo de la mujer en España. Un estudio sociológico,* Madrid, Tecnos, 1972.

- *El ama de casa. Crítica política de la economía doméstica,* Madrid, Zero, 1978.

- "La familia del futuro. La previsible demanda de cuidados en Europa, 1999-2050". En Tezanos, J.F. (EDITOR), *Escenarios del nuevo siglo,* Madrid, Sistema, 2000.

DURKHEIM, *La división del trabajo social*, Barcelona, Akal, 1982.

ELSTER, J.

- *Tuercas y Tornillos*, Barcelona, Gedisa, 1990.

- *Alquimias de la mente*, Barcelona, Paidós, 2002.

ENGELS, FEDERICO, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, 1884,* Madrid, Fundamentos, (10ª edic.), 1981.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, RICARDO (DIR.) y OTROS AUTORES, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. y MERCADER UGUINA, J.R., "Nueva regulación de la excedencia por cuidado de un hijo", *RL*, núm. 1995.

ESTEVÉZ ARANJO, J.A., *La Constitución como proceso y la desobediencia civil,* Madrid, Trotta, 1994.

EVERINGHAM, G., *Maternidad: autonomía y dependencia*, Madrid, Narcea, 1997.

FERNÁNDEZ, RAMÓN, "El sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas", *REVL,* núm.201, 1979.

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,* Madrid, La Ley–Actualidad, Colección de Relaciones Laborales, 1999.

FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y AGRA VIFORCOS, B., "Maternidad y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: ¿Discriminación, protección o razón?", *Revista General de Derecho,* núm. 644, 1998.

FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDRES, FERNANDO, *La participación laboral de la mujer. Un análisis microeconómico,* Madrid, Ministerio Trabajo y Seguridad Social, 1985.

FERNÁNDEZ URRITIA, A., *Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

FERRAJOLI, LUIGI.

- *Derechos y garantías, la ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

- *Los fundamentos de los derechos fundamentales,* Madrid, Trotta, 2001.

FIORAVANTI, MAURIZIO, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las Constituciones,* Madrid, Trotta, 1996.

FLAQUER, L., *La estrella menguante del padre*, Barcelona, Ariel, 1999.

FOUCAULT, M., *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber,* Madrid, Siglo XXI, 1987.

FREIXES SANJUAN, TERESA.

- *Los derechos de los trabajadores en la Constitución,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1986.

- "La igualdad entre mujeres y hombres en el proceso de integración europea". En el volumen colectivo: *Mujer y Constitución en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

FREUDENSCHUSS-REICH, *El derecho a la igualdad de los sexos. Modificaciones necesarias al Tratado de la Unión Europea.* En Mariño Menéndez, Fernando M., *La Protección Internacional de los Derechos de la Mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996.

GALLEGO CALDERÓN, RAQUEL, *Estado de bienestar y las Comunidades Autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España,* Madrid, Tecnos, 2003.

GAMBINO, SILVIO, "Derechos fundamentales y formas de Estado: reflexiones comparadas sobre el constitucionalismo y los derechos sociales en los albores del siglo XXI", *Revista de Estudios Políticos,* núm. 117 *(Nueva Época),* julio/septiembre 2002, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

GARCÉS SANAGUSTÍN, A., "La acción social: delimitación conceptual y régimen jurídico", *Colección aragonesa de bienestar social,* núm. 14, Zaragoza, Diputación General De Aragón, 1988.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

- *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho,* Madrid, Cuadernos Civitas, 1987.

- *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional,* Madrid, Civitas, 1985.

- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa,* Madrid, Alianza Editorial, 1994.

GARCÍA COTARELO, RAMÓN, *Del Estado del bienestar al Estado del malestar (La crisis del Estado Social y el problema de la legitimidad),* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990 (2ª edic.).

GARCÍA MURCIA, J., "La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Justicia Laboral*, núm. 1, 2000.

GARCIA-NIETO PARÍS, MARÍA CARMEN, "Movimientos sociales y nuevos espacios para las mujeres, 1931-1939", *Bulletin du Départament de Recherches Hispaniques Pyrenaica, Pau,* núm.29, junio de 1984.

GARCÍA NINA, ANA, *Cuestiones de género en el fenómeno de las mujeres,* Madrid, Universidad Pontificia de Comillas de Madrid, 2002.

GARCÍA NINET, J.I.

- "Notas sobre las ausencias del trabajo por lactancia (entorno al art. 37.4 del Estatuto de los Trabajadores)", *RT*, núm. 94, 1989.

- "La incapacidad temporal. La maternidad", De la Villa Gil, L.E. (DIR.), *Derecho de la seguridad social,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1999.

GARCÍA PELAYO, MANUEL.

- *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* (2ª edic.), Madrid, Alianza, 1985.

- *Derecho Constitucional Comparado,* Madrid, Alianza Editorial, 1987.

- "Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crítica de ambos conceptos)", *Revista de Estudios Políticos,* núms. 37-38, 1948.

GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, IGNACIO, *La Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

GARCÍA ROMERO, B., "La protección familiar en el sistema español de seguridad social", *AS*, núm. 14, 2000.

GARCÍA SÁNCHEZ, ANTONIO, *España y Maastricht: ventajas e inconvenientes,* Madrid, Civitas y Universidad de Murcia y Caja de Ahorros de Murcia, 1998.

GARRIGA DOMÍNGUEZ, ANA, "Igualdad, discriminación y diferencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Derechos y Libertades,* núm.10, enero/diciembre 2001, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado.

GASCON ABELLAN, M., "La justicia constitucional entre legislación y jurisdicción", *REDC*, núm. 41, 1994.

GIL RUÍZ, J.M., *Las políticas de igualdad en España: avances y retrocesos,* Granada, Universidad de Granada, 1996.

GÓMEZ-FERRER MORANT, GUADALUPE.

- *Las relaciones de género,* Madrid, Marcial-Pons, 1995.

- *Hombres y mujeres: el difícil camino hacía la igualdad,* Madrid, Complutense, 2002.

GÓMEZ MORÁN, I., *La mujer en la historia y en la legislación*, Instituto Editorial Reus, 1942.

GÓMEZ, P., "Anorexia nerviosa: una aproximación feminista". En Azpeitia, B. y Díaz, L.E., González Cortés, T. y Moreno, E. y Yago, T. (EDS.), *Piel que habla. Viaje a través de los cuerpos femeninos,* Barcelona, Icaria, 2001.

GOMIS DÍAZ, PEDRO LUIS, *Aspectos sociales de la integración de España en las Comunidades Europeas,* Madrid, Instituto de Estudios Sociales, 1979.

GONZÁLEZ DE CHAVEZ, Mª A., *Familia, maternidad y paternidad*, Premio de Investigación Mª Isidra de Guzmán, Ayuntamiento de Alcalá de Henares, 1995.

GONZÁLEZ MORENO, BEATRIZ, *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales,* Madrid, Universidad de Vigo, Civitas, 2002.

GONZÁLEZ ORTEGA y APARACIO TOVAR, *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales,* Madrid, Trotta, 1995.

GONZÁLEZ SETIÉN, PALOMA y PÉREZ FRAGA, CRISTINA y PLIEGO CID, PURIFICACIÓN y SÁNCHEZ CALLEJO, MARISA, *El trabajo de las mujeres a través de la historia,* Centro Feminista de Estudios y Documentación, Madrid, Instituto de la Mujer, Ministerio de Asuntos Sociales, Subdirección General de Cooperación, 1992.

GONZALO GONZÁLEZ, BERNARDO y ALONSO SECO, JOSÉ MARÍA y MARTÍNEZ LÓPEZ, FRANCISCO y NUÑO RUBIO, JOSÉ LUIS y OLIET PALÁ, BLAS y SANJUAN MARÍN, JUAN JOSÉ, *Código de protección social,* Tomo I, Madrid, 1995.

GOODY, J., *La familia europea*, Barcelona, Crítica, 2001.

GORELLI HERNÁNDEZ, JUAN, *La protección de la maternidad,* Valencia, Tirant Lo Blanch, Monografías, 1997.

GRAU, OLGA y OTROS, *Ver desde la mujer,* Santiago, La morada-Cuarto Propio, 1992.

GREPPI, ANDREA, *La formación del pensamiento político de Noberto Bobbio*/Tesis doctrinal elaborada por Andrea Greppi. Director: Eusebio Fernández García, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Departamento Político y Filosofía del derecho, 1996.

GUAGLIANONE, L., "Mujeres, trabajo y discriminaciones por sexo (Notas a un seminario internacional)", *RL*, núms. 15-16, 1991.

GUZMÁN, VIRGINIA y TODARO, ROSALBA, "*Apuntes sobre género en la economía global".* En *El género en la economía, Ediciones de las Mujeres,* núm. 32, Centro de Estudios de la Mujer, Madrid, Isis Internacional, Diciembre 2001.

GUTIÉRREZ LLAMAS, ANTONIO, *La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas,* Barcelona, Bosch, 1994.

HÄBERLE, PETER, *El Estado Constitucional*, (1ª Reimp.), México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2001,2004.

www.bibliojurídica.org/libros/libro.htm?l=14

HAWLEY, A.H., *La estructura de los sistemas sociales,* Prólogo de Juan Díez Nicolás, Madrid, Tecnos, 1966.

HELLER, H., *Teoría de Estado,* México, Fondo de Cultura Económica, 1961.

HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación,* Madrid, Civitas, 1981.

HERNES, H. Mª, *El poder de las mujeres y el Estado del bienestar,* Madrid, Vindicación Feminista, 1990.

HERRAIZ MARTÍN, M.S., "La prevención de riesgos laborales y la trabajadora embarazada (Novedades de la Ley 39/1999, de 5 noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)", *TS*, núm.118, 2000.

HERRERA ORIA, ENRIQUE, *Historia española desde el renacimiento,* Madrid, Veritas, 1941.

HITE, S., "La nueva revolución moral", *El País Semanal*, 3 de diciembre de 2000.

IGLESIAS DE USSEL, JULIO, *Elementos para el estudio de la mujer en la sociedad española. Análisis bibliográfico 1939-1980,* Madrid, Ministerio de Cultura, Dirección General de Juventud, 1980.

INSTITUTO DE ESTUDIOS LABORALES y SEGURIDAD SOCIAL.

- *Promoción profesional de la mujer en los medios rurales y suburbanos. La ponencia sobre el trabajo de la mujer en España,* Madrid, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1975.

- *Algunas observaciones psicológicas,* Madrid, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1975.

INSTITUTO DE LA MUJER.

- www.mtas.es/mujer/htm.

- *Guía práctica para diagnosticar la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en las empresas,* Programa Óptima, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Instituto de la Mujer, (1ª edic.), 1995, (2ª edic.), 1997.

- *Mainstreaming de género: marco conceptual, metodología y presentación de "buenas prácticas",* Informe final de las actividades del Grupo de Especialistas en Mainstreaming, Estrasburgo, mayo de 1998, (EG-S-MS), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Mujer, 1999.

- *Guía de buenas prácticas, para garantizar el derecho a la igualdad en los procedimientos,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2000.

- SEMINARIO ORGANIZADO EL 11 y 12 DE MAYO DE 2000, *Las mujeres en el año 2000: hechos y aspiraciones,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2000.

- *El estrés en las mujeres trabajadoras: sus causas y sus consecuencias,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de Mujer, 2000.

- *Acciones positivas en el campo de la igualdad entre hombres y mujeres,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2001.

- *Guía de buenas prácticas, para conciliar la vida familiar y profesional,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2001.

- *Guía para la negociación colectiva en materia de riesgos laborales para la reproducción y la maternidad,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2002.

- JORNADAS CELEBRADAS EN SAN LORENZO DE EL ESCORIAL, 12 y 13 de diciembre de 2000, *Igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ámbito laboral.*

- *La aportación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Instituto de la Mujer, 2002.

- *Estudio sociológico sobre las amas de casa,* (Estudio realizado por el Equipo de Investigación Sociológica, EDIS)], Madrid, Instituto de la Mujer, 2002.

- *Estudio sobre la conciliación de la vida familiar y la vida laboral: situación actual, necesidades y demandas*, (Estudio realizado por GPI Consultores), Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Secretaria General de Políticas de Igualdad, Instituto de la Mujer, 2005.

www.mtas.es/mujer/mcifras

INSTITUTO ANDALUZ DE LA MUJER.

Revista Artículo 14.

Revista Meridian.

www.juntadeandalucía.es/iam

JAGOE, CATHERINE y BLANCO, ALDA y ENRÍQUEZ DE SALAMANCA, CRISTINA, *La mujer en los discursos de género,* Barcelona, Icaria, 1998.

JULIANO, DOLORES, *Excluidas y marginales*. *Una aproximación antropológica*, Madrid, Cátedra, 2004.

JOLL, J., *La Segunda Internacional. Movimiento Obrero 1889-1914*, Barcelona, Grijalbo, 1976.

JUTGLAR, A., L*a era industrial en España. Aproximación a la historia social de la España contemporánea*, Barcelona, 1962.

KELSEN, H., *Socialismo y Estado*, México, 1982.

KRIELE, M., *Liberación e ilustración. Defensa de los derechos humanos*, Barcelona, 1982.

LAPORTA, F., *Adolfo Posada: política y sociología en la crisis del liberalismo español*, Madrid, Cuadernos para el Diálogo, 1974.

LAFFITTE, MARIA, *La mujer en España, 100 años de historia (1860-1960),* Madrid, Aguilar, 1963.

LAUFER, JACQUELINE, *Venturas y desventuras de la ciudadanía: políticas públicas y estrategias de los actores.* En Maruani, Margaret y Rogerat, Chantal y Torns, Teresa (DIR.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000.

LEGISLACIÓN GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Madrid, Servicio de Mutualidad Laboral (BOE 1974).

LEGISLACIÓN LABORAL DE LA UNIÓN EUROPEA, Madrid, Tecnos, 2002.

LEONÉS SALIDO, JOSÉ MANUEL, *Las pensiones de viudedad y orfandad. Comentario, Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Práctica forense con supuestos prácticos y estadísticas,* Granada, Comares, 1998.

LEWIS, JANE, *Política familiar y mercado de trabajo: el caso de Gran Bretaña desde una óptica europea.* En Maruani, Margaret y Rogerat, Chantal y Torns, Teresa (DIR.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000.

LICERAS, DOLORES y MURILLO, SOLEDAD, *La mujer asalariada ante la negociación colectiva*, Madrid, Fundación de 1º de mayo, 1992.

LÓPEZ AHUMADA, J.E., "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *DL*, núm. 60,1999.

LÓPEZ GARRIDO, D., "La igualdad de tratamiento laboral entre hombre y mujer en el Derecho Comunitario", *AL,* núm.28, 1986.

LÓPEZ GUERRA, L., *Las dimensiones del Estado Social de Derecho,* Madrid, Tecnos, 1980.

LÓPEZ LÓPEZ, JULIA, *Marcos autonómicos de la relación laboral y de protección social,* Madrid, Marcial- Pons, 1993.

LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, MAGDALENA, *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el artículo 53.1 de la Constitución Española,* Granada, Comares, 1996.

LOUSADA ARCHENA, FERNANDO JOSÉ.

- "El permiso de lactancia", *RL, núm.14, 1996.*

- "Unas anotaciones críticas sobre el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales", *La Ley,* núm. 4153, 1996.

- "El permiso parental y seguridad social", *REDT*, núm.83, 1997.

- "La protección de la salud laboral de las trabajadoras embarazadas, parturientas o en período de lactancia", *AL,* núm.38, 1998.

- "Las novedades en el régimen de los permisos parentales introducidas en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre", *AL*, núm.25, 2000.

- "Discriminación indirecta: una aproximación a la sentencia de 4 de mayo de 2000 del Tribunal Supremo", *RDS*, núm.12, 2000.

- "El riesgo durante el embarazo" (I y II), *AL*, núms. 27 y 28, 2001.

- *El derecho a la maternidad de la mujer trabajadora,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

LUCAS VERDÚ, J.

- *La lucha por el Estado de Derecho,* Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1975.

- *Artículo 1º. Estado Social y Democrático de Derecho en comentarios a la Constitución española de 1978,* dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Tomo I, Madrid, Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas, 1996.

LUCKHAUS, L., "Igualdad de trato, protección social y seguridad de ingresos de las mujeres", *RIT,* vol. 119, núm.2, 2000.

LUJÁN ALCARAZ, J., *El régimen de la seguridad social de los empleados de hogar,* Navarra, Aranzadi, 2000.

LUÑO PEÑA, ENRIQUE, *Seguro social agrario: extensión de los seguros sociales a los trabajadores del campo: procedimiento para hacer más eficaz esa extensión,* Madrid, Instituto Nacional de Previsión, 1933.

LLUIS Y NAVAS, JAIME, *Problemas jurídicos de la seguridad social,* Barcelona, C.E.A.H.E., 1971.

MACKINNON, C.A., *Hacía una teoría feminista del Estado,* Valencia, Cátedra-Feminismos, 1995.

MAESTRO BUELGA, GONZALO.

- "Globalización y Constitución débil", *Revista Teoría y Realidad Constitucional,* núm.7, I Semestre del 2001.

- *La constitución del trabajo en el Estado Social,* Granada, Comares, 2002.

MAESTRO BUELGA, GONZALO y GARCÍA HERRERA, MIGUEL.

- *Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas,* Barcelona, Cedecs, 1999.

- "Marginación, Estado Social y prestaciones autonómicas*", Revista Teoría y Realidad Constitucional,* núm.7, I Semestre del 2001.

MAÍLLO, ADOLFO, *Educación y Revolución. Los fundamentos de una educación nacional,* Madrid, Editorial Nacional, 1943.

MALDONADO MOLINA, FCO. JAVIER, *Las Mutualidades de Previsión Social como Entidades Aseguradoras,* Granada, Comares, 2001.

MALEFAKIS, E., *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX,* Barcelona, Ariel, 1971.

MALLO DE MOLINA, J. LUIS, *Mercado de trabajo y estructura salarial. El caso español 1963-1975,* Madrid, Instituto de Estudios Laborales y Seguridad Social, 1983.

MALUQUER, J., "Esquema de historia social del siglo XIX. Preparación del retiro obrero". En *Curso inicial de seguro obrero. Los orígenes del Estado del bienestar en España*, selección y presentación de J.A. García- Durán, Barcelona, Orbis, 1986.

MARAÑÓN POSADILLO, GREGORIO, *Tres ensayos sobre la vida sexual,* Madrid, Biblioteca nueva, 1929.

MARÍN PÉREZ, *Introducción a la ciencia del derecho,* Madrid, Tecnos, 1979.

MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M., *La Protección Internacional de los Derechos de la Mujer tras la Conferencia de Pekín de 1995,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996.

MARIÑO MENÉNDEZ, FERNANDO M. y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS (DIR. y EDITOr), *Política Social Internacional y Europea,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1996.

MARTÍN GRANIZO, L., *El Instituto de Reformas Sociales y sus hombres,* Madrid, Escuela Social, 1947.

MARTÍN MATEO, RAMÓN.

- *La Asistencia Social como servicio público.* En *Problemas Fundamentales de la Beneficencia y Asistencia Social*, Madrid, Ministerio de la Gobernación, 1975.

- *El marco público de la económica de mercado*, (2ª edic.), Navarra, Aranzadi, 2003.

MARTÍN VALVERDE, A., *Las mejores voluntarias de la seguridad social,* Sevilla, IGO, 1970.

MARTÍN VALVERDE, F. y RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. y DURÁN, F., *El código de la legislación de la seguridad social,* Madrid, Civitas, 1977.

MARTÍN VIDA, Mª ÁNGELES.

Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva, Madrid, Civitas, 2003.

"Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea", *Teoría y Realidad Constitucional,* núm. 12-13, II Semestre 2003, I Semestre 2004.

- "La reforma del artículo 12.a) de la Ley Fundamental de Bonn a raíz de la sentencia <<Kreil>> del Tribunal de Justicia", *Revista de derecho comunitario*, núm.1, enero/junio de 2004.

MARTINELLO, MARCO, *La Europa de las migraciones. Por una política proactiva de la inmigración,* Barcelona, Bellaterra, 2003.

MARTÍNEZ DE PISÓN, JOSÉ, *Políticas de bienestar. Sobre los derechos sociales,* Madrid, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1998.

MARTÍNEZ ESTAY, JOSE IG., *Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales,* Barcelona, Cedecs, 1997.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., "Notas críticas sobre el régimen vigente de las prestaciones de seguridad social por hijo a cargo", *TS,* núm.123, 2001.

MARTÍNEZ LÓPEZ- MUÑIZ, J.L., "Subvenciones e igualdad", *REDA,* núm. 65, 1990.

MARTÍNEZ LUCAS, J.A., "Las prestaciones de protección familiar por nacimiento de hijo y por parto múltiple", *Social Mes a Mes,* núm.57, 2000.

MARTÍNEZ MORENO, C., "Los perfiles de la maternidad como contingencia protegida por el sistema de seguridad social: algunas cuestiones pendientes", *AS*, núm.17, 2001.

MARTÍNEZ QUINTANA, MARÍA VIOLANTE, *Mujer, trabajo y maternidad. Problemas y alternativas de las madres que trabajan,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1992.

MARRADES PUIG, ANA I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento,* Valencia, Universitat de Valencia, 2002.

MARUANI, MARGARET y ROGERAT, CHANTAL y TORNS, TERESA (DIR.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo,* Barcelona, Icaria, 2000.

MARZAL, ANTONIO y SUPIOT, ALAIN y CARBY-HALL, JO y AMOROSO, BRUNO y CARABELLI, UMBERTO y VENEZIANI, BRUNO y SUÁREZ, FERNANDO y MÜCKENBERGER, ULRICH y REBHAHN, ROBERT y LYON-CAEN, GÉRARD, *Crisis del Estado de bienestar y derecho social,* Barcelona, ESADE, Facultad de Derecho de Barcelona, 1981.

MATA GREENWOOD, ADRIANA, "Incorporación de las cuestiones de género a las estadísticas laborales", *Revista Internacional,* vol.118, núm.3, 1999.

MATIA PRIM, J., "Descanso semanal y anual. Permisos". En VVAA., *Diecisiete lecciones sobre la Ley de Relaciones Laborales,* Madrid, Facultad de Derecho, 1977.

MELENDEZ MORILLO-VELARDE, L., "La prestación por riesgo durante el embarazo tras la Ley 39/1999", *AS*, 1999, Tomo V.

MELLA MÉNDEZ, L., "Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y seguridad social", *AS*, núm.21, 2000.

MÉNDEZ, A. y MATEOS, M., "Iberdrola apuesta por la maternidad", *Expansión & Empleo* 4 y 5 de octubre de 2003.

MEULDERS, DANIÈLE, *La flexibilidad en Europa.* En Maruani, Margaret y Rogerat, Chantal y Torns, Teresa (DIR.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo*, Barcelona, Icaria, 2000.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN y CULTURA, *Libro de la Educación,* Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1969.

MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas,* Madrid, MAP, 1991.

MINISTERIO DE TRABAJO y SEGURIDAD SOCIAL.

Historia de la acción pública en España. Beneficencia y Previsión, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

www.mtas.es

MIÑAMBRES PUIG, C., "La protección social en el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *RMTAS,* núm. 19, 1999. En Rodríguez Escanciano, Susana, *La protección jurisdicción laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002.

MOLINA GARCÍA, M., "La protección de la maternidad en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales". En VVAA., *XIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. La Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Andalucía, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1995.

MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.

- "Subsidio especial por parto múltiple (Comentario a la STS de 11 de mayo de 1988)", *RL*, núm.9, 1999.

- "El permiso parental por maternidad y la protección frente al despido tras la Ley 39/1999", *AS,* Tomo V, 1999.

MONERO PÉREZ, J.L., *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, CES, 1996.

MONTAGUT, TERESA, *Política social. Una introducción,* Barcelona, Ariel, 2000.

MONTILLA MARTOS, J.A., *"El mandato constitucional de promoción de la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad".* En *Estudios de Derecho Público (Homenaje a Juan José Ruiz-Rico)*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1997.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO y GALIANA MORENO, JESÚS M. y SEMPERE NAVARRO, ANTONIO, *Derecho Social Europeo*, Madrid, Tecnos, 1994.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 2003.

MORA, G., "Familias y bienestar en España: tendencias ante las transformaciones sociales del futuro". En J. F. Tezanos, *Escenarios del nuevo siglo*, Madrid, Sistema, 2000.

MORANT, ISABEL, "La mujer en la historia", *Revista Debats,* núm.7, 1984, Institució Alfons El Magnànium. Diputació de Valencia.

MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A., *Maternidad y salud laboral. La protección de la salud de la trabajadora embarazada, de parto reciente y en período de lactancia,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.

MORENO GENE, J. y ROMERO BURILLO, A y PARDELL VEA, A., "La protección de la maternidad: de la Directiva 92/85 a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales", *AS*, núm.15, 1997.

MORENO SARDA, AMPARO, *La mujer en el mundo contemporáneo,* Prólogo y edición de María Ángeles Durán, Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 1981.

MUGUERZA, JAVIER, *La alternativa del disenso.* En VVAA., *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, Debate, 1994.

MUÑOZ DE BUSTILLO, R., *El Estado del bienestar en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada,* Madrid, Alianza Ensayo, 2000.

MUÑOZ MOLTO, F.M. y GARCÍA GARCÍA, A.M., "La protección de la maternidad frente a los riesgos laborales", *TS*, núm.43, 1994.

NACIONES UNIDAS.

- www.un.org/spanish

NADAL, JORDI, *La población española (siglo XVI al XX),* Barcelona, Ariel, 1976.

NASH LEONARD, K. y MARRE, DIANA, *Multiculturalismo y género: perspectivas interdisciplinarias,* Barcelona, Bellaterra, 2001.

NASH, MARY.

La mujer y el movimiento obrero en España 1931-1939, Barcelona, Fontamara, 1981.

Mujer, familia y trabajo en España 1875-1936, Barcelona, Del Hombre, 1983.

Presencia y protagonismo. Aspectos de la historia de la mujer, Barcelona, Del Serbal, 1984.

NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., "El cuidado legal de personas a cargo de trabajadores (maternidad y parentalidad en las relaciones de trabajo y seguridad social" (I y II), *REDT,* núms. 105 y 106, 2001.

NINO, CARLOS S., *Ética y derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 1989.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M., "Maternidad y trabajo: algunas consideraciones en torno al artículo 26 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales", *AL*, núm. 16, 1998.

NOGUEIRA, CHARO, "Una ley de las mujeres para las mujeres: una larga batalla de las organizaciones de mujeres", *El País*-Sociedad, 23 de diciembre de 2004.

NÚÑEZ PÉREZ, MARÍA GLORIA, *Trabajadoras en la Segunda República. Un estudio sobre la actividad económica extradoméstica. (1931-1936),* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1989.

NUÑO GÓMEZ, LAURA, *Mujeres: de lo privado a lo público,* Madrid, Tecnos, 1999.

NUSS, SHIRLEY y DENTL, ETTORE, VIRY, DAVID, *Las mujeres en el mundo de trabajo. Informes de la OIT*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

NUSSBAUM, MARTHA, "Mujeres e igualdad según la tesis de las capacidades", *Revista Internacional del Trabajo,* vol.118, núm.3, 1999.

O'BRIEN, M., *The Politics of Reproduction, Routledge and Keagen Paul*, Boston, 1981. En Marrades Puig, Ana I., *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento,* Valencia, Universitat de Valencia, 2002.

O'CONNOR, *La crisis fiscal del Estado,* Barcelona, Península, 1981. Citada por, Martínez Pisón José, *Política de bienestar. Estudio sobre los derechos sociales,* Madrid, Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, 1998.

OJEDA MARÍN, A., *Estado Social y crisis económica*, Madrid, Complutense, 1993.

OLIVA, ENRIQUE, *Problemas de legitimación en el Estado Social*. En VV.AA., *Problemas de legitimación del Estado Social*, Madrid, Trotta, 1991.

OLLERO, ANDRÉS, *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y la jurisprudencia constitucional,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

OREJA AGUIRRE, MARCELINO (DIR.) y FONSECA MORILLO, FRANCISCO, *El Tratado de Ámsterdam. Análisis y comentarios,* vol.I y II, Madrid, Mc Graw-Hill, 1998.

ORDEIG FOS, JOSÉ MARÍA, *El sistema español de seguridad social,* Madrid, Derecho Reunidas, *Revista de Derecho Privado, 1989.*

ORDOÑEZ SOLÍS, D., *La igualdad entre hombres y mujeres en el Derecho Europeo,* Madrid, Instituto de la Mujer, 1999.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO.

www.ilo.org/public/spanish

Igualdad de oportunidades y de trato entre trabajadores y trabajadoras. Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 1974.

La protección de la maternidad en el trabajo, Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm.103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95), Informe V, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT, 1999.

"Campos de batalla. Las mujeres rompen el techo de cristal para situarse al pie de la noticia", *Revista OIT,* núm.46, marzo de 2003.

ORTIZ, T., *Universidad y feminismo en España II: situación de los estudios de las mujeres en los años 90,* Granada, Universidad de Granada, 1999.

ORTIZ, C., "Nuevos contratos familiares", *Jornadas sobre familias: diversidad de modelos y roles,* UNED, 2000.

OTERO GARCIA CASTRILLON, C., "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 12, 2002.

PALOMEQUE LÓPEZ, C., "Orígenes de la regulación del trabajo femenino en España. La Ley de 13 de marzo de 1900", *Cuadernos de Derecho del Trabajo,* núm. 1-2.

PANIZO ROBLES, J.A., "La Ley sobre conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras y su incidencia en la seguridad social", *RTSS (CEF)*, núm.201, 1999.

PAOLI, C., "Las trabajadoras y la maternidad. Algunos ejemplos de países de Europa occidental", *RIT*, vol. 101, núm.1, 1982.

PARDO BAZÁN, E., *La mujer española,* Madrid, Editorial Nacional, 1981.

PARSONS, T., "La estructura social de la familia". En E. Fromm, *La familia*, Barcelona, Península, 1977.

PASCUAL ALLEN, C., "Comentarios a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para proveer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras", *Información Laboral*, núm. 26, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO.

- *Cursos de derechos fundamentales. (I) Teoría General,* Madrid, Eudema, 1991.

- "Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos económicos, sociales y culturales. Para una integración histórica y doctrinal de los derechos humanos,* Murcia, Universidad de Murcia, 1981.

Libertad, poder, socialismo, Madrid, Civitas, 1982.

"Reflexiones sobre los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos económicos, sociales y culturales. Escritos sobre Derechos Fundamentales,* Madrid, Eudema, 1988.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO y LLAMAS CASCON, ÁNGEL y FERNÁNDEZ LIESA, CARLOS, *Textos básicos de derechos humanos,* Navarra, Aranzadi, 2001.

PEINADO LÓPEZ, AMALIA, *Discriminación de la mujer en el mercado de trabajo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1998.

PERAL FERNÁNDEZ, LUIS, "Concepto de sexo y discriminación por razón de sexo en el derecho social comunitario europeo: la contradictoria sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas en el asunto Grant respecto de su jurisprudencia en el asunto P./S.", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas,* núm. 8, enero/junio 2000, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado.

PÉREZ ALONSO, Mª A., *La excedencia laboral,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 1995.

PÉREZ BOTIJA, MARGARITA, *El trabajo femenino en España,* Madrid, S.N., 1961.

PÉREZ CANTÓ, PILAR y ORTEGA LÓPEZ, MARGARITA, *Las edades de las mujeres,* Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, 2002.

PÉREZ DEL RÍO, T.

- *Concepto de discriminación directa e indirecta. La acción positiva.* En VVAA., *La igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

- *El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario*. En VVAA., *La igualdad de oportunidades en el ámbito laboral*, Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

- "Mujer y protección social en España", *Revista de Derecho Social*, núm.1, 1998.

- "Los derechos de conciliación establecidos en la Ley 39/1999: derechos de interrupción o reducción de la actividad laboral para atender responsabilidades familiares". En VVAA., (López López J. (COORD.)), *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo: familia, inmigración y noción de trabajador. Homenaje a Massimo D'Antona,* Madrid, Marcial-Pons, 2001.

- "La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate", *TL,* núm. *52,* 1999. En Rodríguez Escanciano, Susana. *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002.

PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución,* Madrid, Tecnos, 1984 (actualización 2001).

PÉREZ VILLALOBOS, MARÍA CONCEPCIÓN, *Estado Social y Comunidades Autónomas,* Madrid, Tecnos, 2002.

PERPIÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO, *La sociología de la seguridad social,* Madrid, Confederación de Cajas de Ahorro, 1972.

PISARELLO, GERARDO, "Del Estado Social Legislativo al Estado Social Constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales", *Revista Isonomía,* núm.15, octubre de 2001.

PISON MARTÍNEZ, JOSÉ, *Política de Bienestar. Estudio sobre los derechos sociales,* Madrid, Tecnos Colección de Ciencias Sociales, 1998.

PRÁDANOS, ARANTXA, *Diario de León*, 23 de diciembre 2004.

PRIETO SANCHIS, LUIS.

- *Estudios sobre los derechos fundamentales,* Madrid, Debate, 1990.

– *Ley, principios, derechos,* Madrid, Dykison, 1997.

PRIMO DE RIVERA, PILAR, Primer Consejo Nacional del Servicio Español de Magisterio, Madrid, Afrodisio Aguado, 1943.

PURCALLA BONILLA, M.A., "La doble escala salarial como instrumento de desigualdad retributiva", Estudios Financieros, núm. 244, 2003.

PUYOL MONTERO, FRANCISCO-JAVIER y DE LORENZO SERRANO, MARÍA FERNANDA, *La mujer en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1989-1993,* Mostoles, Arias Montano, 1993.

QUESADA SEGURA, ROSA, *Los principios de igualdad de trato de oportunidades en la negociación colectiva*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 1991.

QUINTANILLA NAVARO, R.Y., "La excedencia para el cuidado de familiares mayores", *RTSS (CEF)*, núm.3, 2001.

RAMÓN Y CAJAL, SANTIAGO, *La mujer. Psicología de Quijote y Quijotismo,* Madrid, J. Ga Perora, 1944.

RAMOS MORCILLO, M.J., "La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Análisis de su contenido socio-laboral", *RTL,* núm. 86, 2000.

RAVENTÓS, DANIEL, *El derecho a la existencia,* Barcelona, Ariel, 1999.

REVISTA ARTÍCULO 14.

- www.juntadeandalucía.es/iam

- Real Decreto-Ley 2/2003 de 25 de abril, "De medidas de reforma económica", *Revista artículo 14,* núm. 13, septiembre de 2003.

REY MARTÍNEZ, FERNANDO.

- *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo,* Madrid, McGraw- Hill, 1995.

- *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España,* Madrid, CEPC, 2000.

RODRÍGUEZ BARRIGÓN, JUAN MANUEL, *La ciudadanía de la Unión Europea,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RODRÍGUEZ CABRERO, GREGORIO, *El Estado del bienestar en España: deberes, desarrollo y retos,* Madrid, Fundamentos, 2004.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, SUSANA, *La protección jurídico laboral de la mujer: Luces y sombras,* Barcelona, Cedecs, 2002.

RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL y BRAVO, FERRER.

"Discriminación y crisis económica". En VVAA., *Derecho del Trabajo y de la seguridad social ante la crisis económica,* Madrid, IELSS, 1984.

- "Discriminación por razón de sexo y embarazo de la trabajadora", *RL*, Tomo I, 1991.

- "Discriminación e igualdad entre los sexos en la relación laboral", *RL,* núm. 22,1995.

- "Discriminación, igualdad de trato y acción positiva". En Cruz Villalón, J. (COORD.), *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral,* Pamplona, Aranzadi, 1997.

- "La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I, II, III)", *RL*, núms. 17,18 y 19, 1999.

- "Seguridad Social, maternidad y familia", *RL*, núm.14, 2000.

RODRÍGUEZ PIÑERO, MIGUEL y FERNÁNDEZ LÓPEZ, MARIA FERNANDA, *Igualdad y discriminación,* Madrid, Tecnos, 1986.

RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B., "Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la sentencia C-207/98 de Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de febrero de 2000", *Revista de Derecho Socia*l, núm.11, 2000.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO, FERMÍN y ELORZA GUERRERO, FERNANDO, *Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional.* En XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Tecnos, 2001.

RODRÍGUEZ ZAPATA, JORGE, *Teoría y práctica del derecho constitucional,* Madrid, Tecnos, 1998.

ROIG, M., *La mujer en la historia a través de la prensa. Francia, Italia, España, Siglo XVIII-XX,* Madrid, Instituto de la Mujer, 1990.

ROJO, LUIS ÁNGEL y DONOSO, VICENTE y CEBRIÁN, JUAN LUIS y MAYOR ZARAGOZA, FEDERICO, *Globalización y Sociedad,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 2003.

ROQUETA BUJ, REMEDIOS, *La protección social de los trabajadores a tiempo parcial,* Madrid, C.E.S., 2002.

RUBIO CASTRO, ANA, *Feminismo y ciudadanía,* Sevilla, Instituto de Andaluz de la Mujer, 1997.

RUIPÉREZ, JAVIER, "¿La Constitución en crisis?. El Estado Constitucional Democrático y Social en los tiempos del neoliberalismo tecnocrático", *Revista de Estudios Políticos,* abril/junio, núm. 120, 2003, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

RUIZ MIGUEL, ALFONSO, "La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Doxa*, núm. 19, 1998.

RUIZ-RICO RUIZ, GERARDO, "El Estado Social Autónomo: eficacia y alcance de las normas programáticas de los estatutos de autonomía", *Revista Española de Derecho Constitucional,* núm.65, mayo/junio 2002, Madrid, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.

SACKS, K., "Engles revisitado: las mujeres, la organización de la producción, y la propiedad privada". En O. Harris y K. Young, *Antropología y feminismo,* Barcelona, Anagrama, 1979.

SAGRERA, M., *El mito de la maternidad en lucha contra el patriarcado*, Buenos Aires, Rodolfo Alonso Editor, 1972.

SAENZ ROYO, EVA.

- *Estado Social y descentralización política,* Madrid, Civitas, 2003.

- "Prestaciones no contributivas y Comunidades Autónomas. Un comentario crítico a la STC 239/2002, de 11 de diciembre", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época),* núm. 124, 2004, pág. 265.

SAEZ DE LARA, C., *Las mujeres y el mercado de trabajo. Las discriminaciones directas e indirectas,* Consejo Económico y Social, Madrid, 1994. Citada por, Rey Martínez Fernando, *Principales problemas jurídicos-Constitucionales. Mujer y Constitución en España,* Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.

SALTZMAN, JANET, *Equidad y género. Una teoría integrada de estabilidad y cambio,* Madrid, Cátedra, coedit. Universitat de Valencia, Instituto de la Mujer, 1992.

SAMANIEGO BONEU, MERCEDES, *La unificación de los seguros sociales a debate. La Segunda República*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1988.

SÁNCHEZ FERRIZ, "*Reflexiones sobre las generaciones de derechos y la evolución del Estado".* En WAA., Estudios de Derecho Público, Homenaje a J.J. Ruiz-Rico. Madrid, Tecnos, 1997.

SÁNCHEZ JIMENEZ, JOSÉ, *La vida rural en la España de siglo XX,* Barcelona, Planeta, 1975.

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La maternidad como contingencia específica frente a la incapacidad temporal". En VVAA., *La incapacidad temporal,* Madrid, Tecnos, 1996.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, CARMEN.

- *Los permisos retribuidos del trabajador,* Pamplona, Aranzadi, 1999.

El riesgo durante el embarazo. Régimen laboral y de seguridad social, Navarra, Aranzadi, 2002.

SANPEDRO, JOSÉ LUIS, *El Mercado y la Globalización,* Barcelona, Destino, 2002.

SAN ROMÁN GAGO, SONSOLES (DIR.) y CARREÑO RIVERO, MIRYAM y COLMENAR ORZAES, CARMEN y RABAZAS ROMERO, TERESA (colaboradoras), *La maestra en el proceso de cambio social de transición democrática: espacios históricos generacionales,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2002.

SANTIAGO REDONDO, K.M., "Doble escala salarial: ¿leemos?", *RL*, núm.17, 2002.

SANZ, ESMERALDA, "Repaso a una ley", *Revista Trabajadora,* núm.14, IV Época, de diciembre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.

SAU, V., *El vacío de la maternidad,* Barcelona, Icaria, 1995.

SCHIEBINGER, LONDA, *¿ Tiene sexo la mente?. Las mujeres en los orígenes de la ciencia moderna*, Madrid, Cátedra, Universitat de València, Institut de la Mujer, 2004.

SECRETARÍA DE ACCIÓN SINDICAL DE LA CONFERACIÓN SINDICAL DE CCOO, "Criterios para la negociación colectiva en 2003". www.ccoo.es

SECRETARÍA CONFERAL DE LA MUJER DE CCOO.

- www.ccoo.es/sindicato/mujer.html

SEMINARIO EN LA UNIVERSIDAD INTERNACIONAL MENÉNDEZ PELAYO (UIMP), del 17 al 21 de septiembre de 2001, *Mujeres jóvenes: el avance hacia la igualdad,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2002.

SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V.

-"La Ley 3/1989, sobre maternidad e igualdad de trato de la mujer trabajadora", *RL*, Tomo II, 1989.

-"La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores", *AS*, núm.20, 2000.

- *Doctrina del TSJ de Madrid sobre Seguridad Social (1989-2000),* Navarra, Aranzadi, 2002.

SETIÉN, MARÍA LUISA y LÓPEZ MARUGÁN, ARANTZA y OTROS, *Mujeres inmigrantes y formación: perspectivas europeas,* Bilbao, Universidad de Deusto, 2002.

SEVILLA, JULIA, *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Valencia, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, 2004.

SILVÁN, EVA, "Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22/12/2004", *Revista Trabajadora,* IV Época, núm. 14 de diciembre de 2004, Secretaria de la Mujer de CCOO.

SILVERA, RACHEL, *Los salarios: cuando todas las demás circunstancias se mantienen desiguales.* En Maruani, Margaret y Rogerat, Chantal y Torns, Teresa (dirs.), *Las nuevas fronteras de la desigualdad. Hombres y mujeres en el mercado del trabajo*, Barcelona, Icaria, 2000.

SOPEÑA MONSALVE, ANDRÉS, *La morena de la copla: la condición de la mujer en el reciente pasado,* Barcelona, Crítica, [Grijalbo Mondadori],1996.

SOROS, GEORGE, *La Globalización,* Barcelona, Planeta, 2002.

SOSA WAGNER, F., *Posada Herrera. Actor y testigo del siglo XIX,* León, Universidad de León, 2000.

SUÁREZ LLANOS, MARÍA LEONOR, *Teoría feminista, política y derecho,* Madrid, Dykinson, 2002.

SUBIRATS, M., *Con diferencia*, Barcelona, Icaria, 1998.

TEZANOS, J.F., *La sociedad dividida*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2001.

TOMAS y VALIENTE, F., *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional,* Madrid, Tecnos, 1988.

TORRENTE GARI, SUSANA, *Normativa social de la Unión Europea y el trabajo de la mujer*. En VVAA., *La igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

TORTUERO PLAZA, J. LUIS.

"Excedencia por cuidado de hijos: técnica jurídica versus institución jurídica". En VVAA., *La suspensión del contrato de trabajo,* Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

"Las excedencias (en torno al artículo 46)", *REDT*, núm.100, 2000.

TORTUERO PLAZA, J. LUIS y CÁMARA BOTIA, ALBERTO y FERRAS ALONSO, FIDEL y LLORENTE ÁLVAREZ, ALBERTO y SÁNCHEZ-URAN AZAÑA, YOLANDA, *Código de la seguridad social,* Madrid, Tecnos, 1992.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL.

- www.tribunalconstitucional.es

TUÑON DE LARA, M. y BIESCA J.A., *España bajo la dictadura franquista,* Barcelona, Labor, 1980.

UNIÓN EUROPEA.

www.europa.eu.int

-www.curia.eu.int/es/jurisp/index.htm

UNIVERSIDAD DE ALICANTE.

www.ua.es

-www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. DEPARTAMENTO DE CONSTITUCIONAL- www.der.uva.es/consitucional/index.htm

UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES.

-www.ugt.es

VALENZUELA RATIA, DIEGO, *El sector doméstico español, 1964 –1974,* Madrid, Ministerio de Cultura, 1979.

VALERO, A., "El sistema familiar español. Recorrido a través del último cuarto de siglo", *REIS,* núm. 70, 1995.

VENTURA FRANCH, ASUNCIÓN, *Las mujeres y la Constitución de 1978,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Instituto de la Mujer, 1999.

VIDA SORIA, J., *Reflexiones generales y finales sobre la Ley 39/99 para la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*. En VVAA., *Conciliación de la vida familiar y laboral,* Asturias, Gobierno del Principado de Asturias, 2001. En Almendros González Miguel Ángel, *Familia y Trabajo. Comentario práctico a la Ley de conciliación de la vida familiar y laboral: aspectos laborales,* Granada, Comares, 2002.

VIGARA TANSTE, ANA MARÍA y JIMENEZ CATALÁN, ROSA MARÍA, *"Género", sexo, discurso,* Madrid, Del Laberinto, 2002.

VILA, OFELIA, "¿Conciliación o más de lo mismo?", *Revista Trabajadora,* núm.13, IV Época, de octubre de 2004, Secretaria Confederal de la Mujer de CCOO.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I.

"La inconstitucionalidad por omisión de los silencios legislativos", *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario,* núm. 8, Murcia, 1996.

La inconstitucionalidad por omisión, Madrid, McGraw-Hill, 1997.

VIANELLO, MINO, *Género, espacio y poder para una crítica de las ciencias políticas*, Madrid, Cátedra, 2002.

VOGEL- POLSKY, ÉLIANE, *Las mujeres, la pobreza y el derecho al desarrollo,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y BOE, 1996.

VVAA., *La mujer en la historia de España (siglos XVI-XX),* Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1984.

VVAA*., Problemas actuales del Estado Social y Democrático de Derecho,* Alicante, Secretaria de Publicaciones de la Universidad de Alicante, 1985.

VVAA., *Las mujeres en la historia de Andalucía.* En Actas del II Congreso de Historia de Andalucía, Córdoba, 1991, Córdoba, Conserjería de Cultura y Medio Ambiente de la Junta de Andalucía y Obra social y cultural Caja Sur, 1994.

VVAA., *Discriminación laboral de la mujer. Estudio de la doctrina jurisprudencial española y comunitaria sobre la discriminación laboral de la mujer desde 1980*, CCOO, patrocinado por la Generalitat Valenciana, 1994.

VVAA., *El trabajo de las mujeres. Pasado y presente,* Málaga, Excma. Diputación de Málaga, 1996.

VVAA., *La igualdad de oportunidades en el ámbito laboral.* Ponencias de las Jornadas realizadas por el Instituto de la Mujer en el marco del IV Programa de Acción Comunitario, Bilbao, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

VVAA., *Mujeres y sociedad rural. Entre la inercia y la ruptura,* Madrid, Instituto de la Mujer, 1999.

VVAA*., Cien años de Seguridad Social,* Madrid, Fraternidad Mupresca, 2000.

VVAA., *Nuevos yacimientos de empleo y redes de cooperación entre empresas,* Madrid, Instituto de la Mujer, 2000.

VVAA., *Pobreza y perspectiva de género,* Barcelona, Icaria, 2001.

VVAA., "En femenino y en masculino", *Cuaderno de educación no sexista,* núm. 8, Madrid, Instituto de la Mujer, 2002.

VVAA., *Nuevas relaciones laborales y negociación colectiva. XV Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva de la Comisión Nacional de Convenios Colectivos,* Madrid, Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003.

WEILLER MARTINEZ, *Mujeres activas: sociología de la mujer trabajadora en España,* Madrid, De la Torre, 1977.

WILLIAM, ANNA y WHEELER, THOMPSON, *La demanda de la mitad de la raza humana, las mujeres,* Granada, Comares, 2000.

WIRTH, LINDA, *Romper el techo de cristal. Las mujeres en los puestos de dirección,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2002.

WHORF, B. L., *Lenguaje, pensamiento y realidad,* Barral, Barcelona, 1971.

ZAGREBELSKY, GUSTAVO, *El derecho dúctil,* Madrid, Trotta coedita Comunidad de Madrid, Consejería de Educación y Cultura, 1995.

ZINTL, REINHARD, *Neoliberalismo y Estado Social,* Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm.13, 1993, Alicante.

www.cervantesvirtual.com/portal/DOXA/cuadernos.shtml

TABLA DE ABREVIATURAS

AL	Revista Actualidad Laboral
Art.	Artículo
AS	Revista Aranzadi Social
Az	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CCDT	Cuadernos de Cátedra de Derecho del Trabajo. Universidad de Valencia
CPS	Revista Cuadernos de Política Social
DA	Revista de Documentación Administrativa
DL	Revista de Documentación Laboral
DS	Revista Droit Social
ED	Editorial
E.T.	Estatuto de los Trabajadores
FJ	Fundamento Jurídico
INP	Instituto Nacional de Prevención
INSALUD	Instituto Nacional de la Salud
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
JL	Revista Justicia Laboral
JSSS	Revista de Jurisprudencia de Seguridad Social y Sanidad
LISOS	Ley de infracciones y sanciones en el orden social
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales
LSS	Ley de la Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo

OM	Orden Ministerial
Op. Cit.	Obra Citada
PEE	Revista de Papeles de Economía Española
P.I.B.	Producto Interior Bruto
Pymes	Pequeñas y medianas empresas
RAP	Revista de Administración Pública
RDN	Revista del Derecho Natural
RDP	Revista de Derecho Público
RDPr	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho Social
RDT	Revista de Derecho del Trabajo
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDCo	Revista Española de Derecho Constitucional
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
Rev. Treb.	Revista de Treball
RFDUM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
RGDS	Revista Gallega de Derecho Social
RISS	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RIT	Revista Internacional del Trabajo
T.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado de la Comunidad Europea
TJE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TS	Tribunal Supremo
TUE	Tratado de la Unión Europea
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea

RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RL	Relaciones Laborales
vol.	Volumen
UE	Unión Europea