



D E R E C H O
E S P A Ñ O L

La Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

LAS ACCIONES POSITIVAS PARA LA IGUALDAD LABORAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES

POR DRA. MARÍA ELÓSEGUI ITXASO
Profesora Titular de Universidad de Filosofía del Derecho.
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza.

TÍTULO PRELIMINAR

OBJETO Y ÁMBITO DE LA LEY

Artículo 1

Objeto de la Ley

1

Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta Ley tiene por objeto hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, en particular mediante la eliminación de la discriminación de la mujer, sea cual fuere su circunstancia o condición, en cualesquiera de los ámbitos de la vida y, singularmente, en las esferas política, civil, laboral, económica, social y cultural para, en el desarrollo de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución, alcanzar una sociedad más democrática, más justa y más solidaria.

2

A estos efectos, la Ley establece principios de actuación de los Poderes Públicos, regula derechos y deberes de las personas físicas y jurídicas, tanto públicas como privadas, y prevé medidas destinadas a eliminar y corregir en los sectores público y privado, toda forma de discriminación por razón de sexo.

Artículo 2

Ámbito de aplicación

1

Todas las personas gozarán de los derechos derivados del principio de igualdad de trato y de la prohibición de discriminación por razón de sexo.

2

Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia.



TÍTULO I

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y LA TUTELA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Artículo 3

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, **por razón de sexo, o cualquier otra condición o circunstancia personal o social vinculada al sexo, bien sea directa o indirectamente, y en particular en lo referido a la maternidad, a la asunción de obligaciones familiares y al estado matrimonial o familiar y otros factores que supongan una múltiple discriminación, como la discapacidad** ¹.

Artículo 4

Integración del principio de igualdad en la interpretación y aplicación de las normas

La igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Artículo 5

Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas y las de despido, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión con-

creta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

1. INTRODUCCIÓN GENERAL

La Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de mujeres y hombres incorpora al ordenamiento español dos Directivas; una de ellas es la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 23 de septiembre, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, es una reforma de una Directiva que lleva el mismo título y se remonta al año 1976 (Directiva 76/2007/CEE).

En buena medida dicha Directiva 2002/73/CE tuvo su origen en los avances que se hicieron en Alemania en materia de igualdad entre mujeres y hombres.

En 1994, Alemania reformó el art. 3.2. de su Constitución para permitir las acciones positivas realizadas desde los poderes públicos para el logro de la igualdad real; “El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promueve la aplicación de la igualdad de hecho entre hombres y mujeres y persigue la reducción de las desventajas existentes”. A ello le siguió la Ley Federal para la igualdad de los derechos, *Zweites Gleichberechtigungsgesetz*, promulgada en 1994.

El legislador alemán hizo compatible los derechos subjetivos a la igualdad en el acceso al empleo, respetando la capacidad y mérito, con el mandato constitucional objetivo dirigido a los poderes públicos para el logro de la igualdad real.

Del mismo modo la legislación española en el Preámbulo de la presente Ley Orgánica: “ Merece, asimismo, destacarse que la Ley prevea, con el fin de alcanzar esa igualdad **real** efectiva entre mujeres y hombres, un marco general para la adopción de las llamadas acciones positivas. Se dirige, en este sentido, a todos los poderes públicos un mandato de remoción de situaciones de constatable desigualdad fáctica, no corregibles por la sola formulación del principio de igualdad jurídica o formal. Y en cuanto estas acciones puedan entrañar la formulación de un derecho desigual en favor de las mujeres, se establecen cautelas y condicionamientos para asegurar su licitud constitucional”.

Como se dice en el Preámbulo de la Ley; “El logro de la igualdad **real y efectiva** en nuestra sociedad requiere no sólo del compromiso de los sujetos públicos, sino también de su promoción decidida en la órbita de las relaciones entre particulares.

La regulación del acceso a bienes y servicios es objeto de atención por la Ley, conjugando los principios de libertad y autonomía contractual con el fomento de la igualdad entre mujeres y hombres. También se ha estimado conveniente establecer determinadas medidas de promoción de la igualdad efectiva en las empresas privadas, como las que se recogen en materia de contratación o de subvenciones públicas o en referencia a los consejos de administración a la normativa reguladora del régimen electoral general, optando por una fórmula con la flexibilidad adecuada para conciliar las exigencias derivadas de los artículos 9.2 y 14 de la Constitución con las propias del derecho de sufragio pasivo incluido en el artículo 23 del mismo texto constitucional”.

La escala de intervenciones jurídicas empieza por perseguir la discriminación directa y la indirecta, hasta el empleo de acciones positivas por parte del Estado, que justifiquen tratos diferenciales, motivados por la igualdad en el punto de partida, que genera falta de igualdad de oportunidades.



Como se afirma en el Preámbulo; “La mayor novedad de esta Ley radica, con todo, en la prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad”.

La elaboración de la normativa española se hace estableciendo los límites del adecuado marco jurídico constitucional español dentro del cual los poderes públicos pueden actuar promoviendo la igualdad real entre mujeres y hombres, siendo respetuosos a su vez con las libertades personales contempladas en nuestra Norma Fundamental. Según el art. 9.2 de la CE; “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social”.

Todo ello se ha legislado conciliando el respeto al Estado de Derecho, y utilizando los procedimientos formales y democráticos adecuados. Esta es la clave. El modelo socialdemócrata de nuestra actual Constitución pretende conjugar el logro de la igualdad real sin sacrificar los derechos fundamen-

tales de libertades individuales. Eso se trasluce en que las medidas adoptadas en la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre mujeres y hombres son conformes a la Constitución y al Derecho Comunitario Europeo, y respetuosas, por tanto, con la autonomía de la persona que contrata y con la libre voluntad de las partes en el ámbito de la contratación laboral, así como con la capacidad y mérito.

Por ello no se exigen cuotas en las plantillas de las empresas porque sería inconstitucional, mientras que sí es legítimo plantear la exigencia de un porcentaje equilibrado de mujeres y hombres en las listas electorales, requiriendo una previa reforma de Ley Orgánica, que se ha hecho con las debidas garantías constitucionales, es decir por la aprobación del Parlamento y del Senado.

El derecho alemán y Alemania como país pionero en la socialdemocracia se han constituido como buenos modelos para la legislación española. Han sido innovadores en la creación de leyes de igualdad para la Administración pública, acordes con una Constitución que ha sido inspiradora de la Constitución Española de 1978. La construcción jurídica de la igualdad en Alemania tiene buen cuidado de ser respetuosa con la autonomía de la ciudadanía. Ellos han experimentado en su propia piel lo que es imponer igualdad real violando la libertad individual. Han padecido dictaduras de derechas y de izquierdas, con el nazismo, pero también con el comunismo de la Alemania del Este.

La presente Ley Orgánica permitirá actuar con mayor contundencia contra la discriminación directa e indirecta de las mujeres en el mercado laboral por su maternidad y también de los hombres por su paternidad, y en general perseguirá las discriminaciones basadas en la asunción de obligaciones familiares y en el estado matrimonial (Cfr., Título I, art. 3).

2. ORÍGENES DE LA DIRECTIVA COMUNITARIA 2002/73/CE CUYA TRASPOSICIÓN HA DADO

LUGAR A LA LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES

La presente Ley Orgánica española recoge la trayectoria de la Directiva 2002/73/CE, originada por la jurisprudencia suscitada ante el TJCE por las magistradas y magistrados alemanes de juzgados de lo Social y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Abordamos una discusión de la dogmática jurídica, aplicable tanto al Derecho Comunitario como al Derecho Constitucional español; discusión que se erige como la columna vertebral de esta Ley Orgánica.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sentó las bases de la interpretación de la Directiva Comunitaria 76/207/CEE, en cuestiones prejudiciales que se le plantearon relativas a la cuestión de las leyes alemanas de promoción laboral de las mujeres en la función pública. Ello llevó al Tribunal a analizar los problemas de conciliación entre la igualdad formal y la igualdad material, tanto a nivel Comunitario, como en el Ordenamiento Constitucional alemán. El problema de fondo exigía resolver cómo el legislador puede hacer compatible los derechos subjetivos, entre los que se encuentra la libertad de acceso al empleo, junto con el logro de la igualdad real.

3. CONCEPTOS DE DISCRIMINACIÓN DIRECTA, INDIRECTA Y ACCIONES POSITIVAS

En la presente Ley Orgánica se procede a definir los conceptos de discriminación directa y discriminación indirecta de un modo similar a como figuran en la Directiva Comunitaria.

Artículo 6

Discriminación directa e indirecta de la Ley Española corresponden a los expuestos en la Directiva comunitaria¹

1 Se considera discriminación directa por

1

Directiva 2). El artículo 2 se sustituirá por el texto siguiente:

Artículo 2

1. A efectos de las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar.

2

A efectos de la presente Directiva se entenderá por:

Discriminación directa: la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación comparable por razón de sexo,

Discriminación indirecta: 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 del 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.



razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2

Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3

En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo³.

4. EL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA

Por otro lado, se definen las acciones positivas trasladando la Directiva citada;

"ACCIONES POSITIVAS"

Artículo 11

Acciones positivas

1

Con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, los Poderes Públicos adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres. Tales medidas, que serán aplicables en tanto subsistan dichas situaciones, habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso.

2

También las personas físicas y jurídicas privadas podrán adoptar este tipo de medidas en los términos establecidos en la presente Ley².

Ante la indefinición de los supuestos legales de Acción positiva trataremos de

establecer sus límites sirviéndonos de una interpretación sistemática del ordenamiento comunitario europeo.

El art. 141 del Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, dispone en sus apartados 1 y 4:

1

"Cada Estado miembro garantizará la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras, para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor",

4

"Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral, el principio de igualdad de trato no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales".

La Directiva se hace eco de este artículo en su primer artículo al afirmar que "La Directiva 76/207/CEE se modificará como sigue:

1

En el artículo 1 se insertará el apartado siguiente:

1 bis

"Los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1". (Artículo 1 de la Directiva 76/207/CEE).

Nuestra Ley Orgánica indica someramente que los Poderes Públicos "adoptarán medidas específicas en favor de las mujeres para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres".

Se trata ahora de concretar en esta intervención qué tipo de medidas de acción positiva son constitucionales.

3

Es la trasposición literal de la Directiva art. 2.4. "Toda orden de discriminar a personas por razón de su sexo se considerará discriminación en el sentido de la presente Directiva".

4

Es el término que erróneamente se ha utilizado en los medios de comunicación cuando se ha transmitido la discusión política generada en relación al debate sobre dicha Ley.

5

Cito las versiones originales y la traducción alemana porque he manejado esta última.

SIMON, R. "Preferential Hiring: A Reply to Judith Jarvis Thomson", *Philosophy and Public Affairs*, 3, (1974), pp. 312-320. "Bevorzugung auf dem Arbeitsmarkt: Eine Antwort auf Judith Jarvis Thomson", pp. 49-57.

NAGEL, T. "Bevorzugung gegen Benachteiligung", en: ders., *Über das Leben, die Seele und den Tod*, Königstein, 1984 (engl. 1973), pp. 107-121. "Bevorzugung gegen Benachteiligung?", S. 58-73.

DWORKIN, R. "La discriminación inversa", en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984. En alemán "Umgekehrte Diskriminierung", en: ders., *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt, Suhrkamp, 1984 (eng. 1977), pp. 364-389. Aquí, pp. 96-103.

NEWTON, L. "Reverse Discrimination as Unjustified", *Ethics*, 83, (1973), pp. 308-312. "Warum umgekehrte Diskriminierung ungerechtfertigt ist", pp. 96-103.

FULLINWIDER, R.K. "Reverse Discrimination and Equal Opportunity", en J.P. De Marco/R.M. Fox (Hg.), *New Directions in Ethics. The Challenge of Applied Ethics*, Northway, Andover, ITPS, (1986), pp. 173-189. "Umgekehrte Diskriminierung und Chancengleichheit", pp. 104-119.

WARREN, M.A. "Secondary Sexism and Quota Hiring", *Philosophy and Public Affairs*, 6, (1977), pp. 240-261. "Sekundärer Sexismus und Quotierung", pp. 120-143.

O'NEIL, O. "How do we know when opportunities are equal", en Carole Gould/Marx Wartofsky (Hg.), *Women and Philosophy. Toward a Theory of Liberation*, New York, Putnams, 1976. "Wie wissen wir, wann Chancen gleich sind?", pp. 144-157.

RACHELS, J. "What People Deserve", en Arthur/W.H.Shaw, *Justice and Economic Distribution*, Engelwood Cliffs, Prentice Hall, 1978, pp. 150-163. "Was Menschen verdienen", pp. 158-175.

HELD, V. "Reasonable Progress and Self-Respect", *Monist*, 57, pp. 12-27. "Vernünftiger Fortschritt und Selbachtung", pp. 176-192.

JAGGAR, Alison M. "Sexual Difference and Sexual Equality", en Deborah Rode/HG.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, Yale University Press, 1990. "Differenz und Gleichheit der Geschlechter", pp. 193-215.

THOMSON, J.J. "Preferential Hiring", *Philosophy and Public Affairs*, 2, (1973), pp. 364-384. "Bevorzugung auf dem Arbeitsmarkt", pp. 29-48.

6

GRÄFRATH, B. *Wie gerecht ist die Frauenquote? Eine praktisch-philosophische Untersuchung*, Würzburg, Königshausen & Neuman, 1992, p. 14.



mujer para aumentar la igualdad de oportunidades. Serán por tanto legales todas aquellas medidas encaminadas a impulsar o facilitar la formación de las mujeres en carreras o profesiones con más demanda social o mejor retribuidas, o la formación profesional en sectores habitualmente masculinizados, o cursos específicos del INEM para mujeres, en los cuales se exija como requisito para solicitar el curso el hecho de ser mujer.

Como punto de partida debe de sentarse la idea de que la presente Ley permite y encarece a los poderes públicos a adoptar medidas positivas pero no está permitida la discriminación inversa.

Existe un error generalizado de confundir ambos términos, no siendo sin embargo semejantes. De hecho la ley establece la permisión de las primeras pero prohíbe discriminar al varón.

Veamos a continuación los supuestos a los que la ley da cobertura y los que quedan excluidos y prohibidos.

La persona que legisla no está autorizada a violar los derechos individuales en aras de conseguir una mayor igualdad real.

5. ORÍGENES DEL CONCEPTO DE ACCIÓN POSITIVA

La finalidad de la filosofía de la Acción positiva, *Affirmative Action*, fue lograr la justicia y la igualdad, ayudando a las personas desfavorecidas o desaventajadas. Esta política comenzó en Estados Unidos en los años 70 a raíz de la discriminación que sufrían los Afroamericanos y otras minorías⁵. Con posterioridad fue aplicada al logro de la igualdad entre mujeres y hombres. En sus inicios se pretendía reparar o compensar la discriminación racial que había sufrido la población de color, los negros, en el pasado⁶. Pero hoy la filosofía de fondo no es tanto una reparación con respecto al pasado sino llegar a la igualdad fáctica cara al futuro especialmente en el caso de la población femenina⁷.

Con esa filosofía nuestra Ley Orgánica especifica el mandato de medidas específicas en favor de las mujeres.

Hay que tener en cuenta que la mencionada Ley Orgánica utiliza el término acciones positivas y que en ningún momento en materias laborales se utiliza el término cuota⁴.

Existe un tipo de medidas genéricas que permiten una mayor preparación de la

7

RÖSSLER, B. "Quotierung und Gerechtigkeit: Ein Überblick über die Debatte", en *Quotierung und Gerechtigkeit: eine moralphilosophische Kontroverse*, Frankfurt/Main, New York, Campus Verlag, 1993, pp. 7-28.



Más recientemente se aplicó esta política a la integración de las personas discapacitadas en nuestra sociedad, los disminuidos físicos y psíquicos. Esto ha supuesto un gran cambio de mentalidad y es un éxito en cuanto a un cambio radical de actitud con estas personas. A modo de ejemplo resulta notorio el cambio en Alemania, no tan lejano, que va de la filosofía nazi que buscó eliminar a estas personas, a la actual ley alemana de protección de los discapacitados, que es realmente protectora. Otorga además un apoyo económico real.

Adentrándonos en el tema de las acciones positivas, como apunta Bernard Gräfrath⁸, diríamos que no existe un programa, el programa estereotipo de las acciones positivas, sino que existen muchos programas y distintas medidas según de que países, legislaciones o planteamiento filosófico se trate. Detrás de ese concepto se enmarcan muy diferentes planes.

Además hay que diferenciar entre acciones positivas o tratamientos preferenciales en ámbito laboral y empleo público, y la representación equilibrada o porcentajes en las listas electorales (cuotas políticas), frente a otros supuestos en los que se produciría una discriminación del varón y que estarán prohibidos.

Las primeras son distintas medidas de promoción de la igualdad fáctica entre mujeres y hombres, para el logro de la igualdad de oportunidades en la sociedad⁹. Esta Ley Orgánica apoya este primer tipo de medidas pero prohíbe la reserva de porcentajes de mujeres en puestos laborales.

La Ley permite porcentajes sólo en la materia de representación política que no son ámbitos propios del derecho laboral.

Según el profesor Fernando Rey: “Las acciones positivas son todas aquellas medidas de impulso y promoción que tienen por objeto establecer la igualdad entre los hombres y mujeres, sobre todo, mediante la eliminación de las desigualdades de hecho”¹⁰.

Algunas Acciones positivas para el logro de la igualdad de la mujer serían: “Las

medidas que tienden a integrar y a remediar cualquier aspecto discriminatorio que caracterice la presencia (o la ausencia) femenina en el mercado de trabajo (formación profesional específica, formación en trabajos tradicionalmente considerados sólo para hombres, cursos de reciclaje, fomento de la contratación laboral privada de las mujeres, etc.)”.

Por ejemplo algunas medidas de formación profesional, o de reciclaje para mujeres mayores que quieren reincorporarse al mercado laboral, etc., puede haber una oferta suficiente de plazas a través de las oficinas estatales de empleo. Medidas de integración y contra la discriminación en el mercado de trabajo y en la formación profesional, educación contra los estereotipos en las Escuelas, políticas educativas sobre el papel que juegan los nuevos repartos de funciones entre el varón y la mujer, por ejemplo en la legislación española sobre educación (Cfr., arts. 23, 24, 25 y 26 de esta Ley Orgánica), está previsto que el tema de la igualdad se imparta a través del programa de todas las asignaturas¹¹. Horarios flexibles para hacer compatible las responsabilidades familiares y profesionales, responsabilidad conjunta, es decir corresponsabilidad y cooperación mutua en el reparto de las obligaciones domésticas, y de educación y cuidado de los hijos; incentivos fiscales a las empresas para el contrato de mano de obra femenina, joven o de mujeres que deciden reincorporarse al mercado laboral pasado el periodo de crianza de los hijos¹².

Políticas de incentivos a las empresas que establecen medidas para facilitar la compatibilidad de trabajo y familia, instalación de guarderías en el lugar de trabajo, por ejemplo El Corte Inglés de Madrid, la Universidad del País Vasco, Nestlé etc.: “Favorecer, en las condiciones y tiempo de trabajo, el equilibrio entre las responsabilidades familiares y las profesionales y una mejor distribución de ellas entre los dos sexos. Es decir «una organización del trabajo a la medida de la mujer»”¹³.

En esta línea, en la Ley Orgánica se crea el “Distintivo empresarial en materia de igualdad” (art. 50).

8

GRÄFRATH, Bernd. o.c. p. 15

9

BARRÈRE UNZUETA, M^aA. *Discriminación, derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, o.c.

10

REY, F. *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo*, Madrid, McGraw-Hill/Interamericana de España, 1995, p. 91. En las siguientes distinciones seguimos a Fernando Rey, profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Valladolid.

11

Materiales para la Reforma. Temas transversales. Educación para la igualdad, Madrid, Ministerio de Educación, 1992.

12

KÖBL, U. “Welche Maßnahmen empfehlen sich, um die Vereinbarkeit von Berufstätigkeit und Familie zu verbessern?”, *JZ*, 17, (1994), pp. 840-851.FREIFRAU VON FRIESEN, J. “Tarifliche und betriebliche Instrumente zur Frauen- und Familienförderung –Erfordernis und Ausgestaltung–”, *Arbeit und Recht*, Heft 11, (1994), pp. 405-409.WANKEL, S. “Zur Vereinbarkeit von Beruf und familie -Aufgaben und Möglichkeiten der Personalräte”, *Der Personalrat*, 3, (1996), pp. 85-96.SCHIEK, D. “>Vereinbarkeit von Beruf und Familie<< -vereinbar mit der arbeitmarktlichen Gleichstellung von Frauen?”, *Kritische Justiz*, 27. Jahrgang, (1994), pp. 511-531.KÖRNER-DAMMANN, M. “Veränderte Erwerbs- und Familien- strukturen als Voraussetzung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie”, *NJW*, Heft 32, (1994), pp. 2.056-2.063.

El gobierno alemán ha llevado a cabo un “Plan piloto para reintegrar a mujeres en el pleno empleo con la ayuda de programas de formación profesional y con especial atención a las áreas rurales”. Uno de los mayores grupos de mujeres beneficiadas ha sido las mayores de 40 años. Cfr. en *United Nations Questionnaire on the National Implementation of the Platform for Action of the Fourth World Conference in Beijing. Response of the Government of the Federal Republic of Germany (Status: June 1999)*, Berlín, Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Diciembre, 1999, p. 47. Informe al que haremos una extensa referencia en el capítulo último.

13

REY, F. p. 91. BALLESTRERO, M.V. “Le azioni positive fra eguaglianza e diritto diseguale”, en *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, n° 1, 1994, p. 11 y ss.

En el mencionado informe alemán figuran numerosos ejemplos de medidas voluntarias adoptadas por los Länder alemanes y por distintas empresas. La Fundación Hertie ha promovido una iniciativa sin ánimo de lucro para asesorar a empresas con programas de conciliación entre trabajo y familia. 30 compañías han participado en él entre 1995 y 1998 (Cfr. p. 50). En Renania del Norte-Westfalia el Estado ha proporcionado subvenciones a empresas que han puesto servicio de guardería.

En España hay también diversas iniciativas en cada autonomía, por citar la más próxima cfr. Decreto 99/2000, de 16 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la figura de “Entidad Colaboradora en Igualdad de Oportunidades en



tre Mujeres y Hombres, *Aequalitas*, n° 5, octubre, (2000), p. 49; “La figura que se regula en el presente Decreto, consistente en una mención honorífica por la que se reconoce a una entidad privada la cualidad de entidad colaboradora en igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, pretende impulsar el desarrollo de medidas destinadas a lograr una participación más equitativa de las mujeres y de los hombres en las tareas relacionadas con la producción de riqueza”.

14

RD 1.451/1983, RD 427/1999, de 12 de marzo y Sentencia Tribunal Constitucional 269/94 de 3 de octubre. A propósito de dicha sentencia GIMÉNEZ GLÜCK comenta acertadamente en la p. 200; “En España, sólo existe una sentencia del Tribunal Constitucional sobre discriminación inversa, la cual no suscitó debate alguno en la doctrina pese a convalidar la constitucionalidad de una cuota muy poco proporcional. La razón fue, sin duda, que el colectivo beneficiario eran los discapacitados”. Se está haciendo referencia al caso “cuota para discapacitados en la Administración Canaria”. Es interesante el razonamiento que se hace sobre esta sentencia en las pp. 200-205.

SEMPERE NAVARRO, A. V. “El trabajo de los minusválidos tras el RD 427/1999, de 12 de marzo”, *Relaciones Laborales*, vol II, (1987), pp. 9-21.

SIERRA HERNALZ, E. “La dote por matrimonio o la inducción a la mujer a dejar el puesto de trabajo”, *Aranzadi Social*, n° 3, (1998), pp. 38-41.

15

Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit Beruf und Gesellschaft (Schwerbehindertengesetz-Schwbg), in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. August 1986 (BGBl. I S. 1421, ber. S. 1550), Zuletzt geändert durch Gesetz vom 24. März 1997 (BGBl. I S. 594), en *Arbeitsgesetze*, 51 Auflage, Beck-Texte im dtv, 1997. Zweiter Abschnitt. Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber. &5. Umfang der Beschäftigungspflicht.

1) Private Arbeitgeber und Arbeitgeber der öffentlichen Hand (Arbeitgeber), die über mindestens 16 Arbeitsplätze im Sinne des & 7 Abs. 1 verfügen, haben auf wenigstens 6 vom Hundert der Arbeitsplätze Schwerbehinderte zu beschäftigen.

2) Die Bundesregierung wird ermächtigt, den Pflichten nach Absatz 1 durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nach dem jeweiligen Bedarf an Pflichtplätzen für Schwerbehinderte zu ändern, jedoch auf höchstens 10 vom Hundert zu erhöhen oder bis auf 4 vom Hundert herabzusetzen; dabei kann der Pflichten für Arbeitgeber”.

16

Cfr, argumentación en la Sentencia Badeck, respecto a la ley de promoción de la mujer en la función pública de Hesse. El Estado ha decidido fomentar la presencia de mujeres en cursos de formación que él ofrece, pero ninguna mujer tiene un derecho individual a exigir del Estado tal tratamiento preferencial.

17

YOUNG, I.M. *Justice and the politics of difference*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1990. Traducción española *La justicia y la política de la diferencia*, Madrid, Ediciones Cátedra, Universidad de Valencia, Instituto de la Mujer, 2000.

GOLDMAN, A.H. *Justice and Reverse Discrimination*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1977.

Nuestra Ley permite estas medidas generales de acciones positivas o tratamientos preferenciales pero excluye cualquier tipo de discriminación directa del varón.

Esta Ley no da cobertura a ninguna reserva especial obligatoria de puestos laborales para mujeres, como existen por ejemplo en el sistema americano en la reserva de puestos de universidad para determinadas minorías raciales, como las afroamericanas o indios americanos.

El derecho europeo y el derecho español no ha autorizado ese tipo de reservas, tampoco esta Ley Orgánica lo hace.

Por tanto, las cuotas en el ámbito laboral siguen estando prohibidas. Se prohíbe establecer una reserva rígida de un mínimo garantizado de plazas de trabajo, asignando un número o porcentaje o atribuyendo puntos o calificaciones especiales para los grupos a los que se quiere favorecer.

La única excepción, que se sigue manteniendo en el derecho español y que la presente Ley Orgánica respeta es la obligación de reserva de el 2% de puestos laborales en empresas de 50 trabajadores¹⁴. Por ejemplo, la legislación alemana es más generosa en este porcentaje, que asciende a un 6% de puestos de trabajo en empresa con 16 puestos laborales¹⁵.

Las acciones positivas previstas a favor de las mujeres en la Ley Orgánica para corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los varones no permiten discriminar al varón directamente.

De un modo general podríamos decir que en los dos sistemas (el de acciones positivas y el de cuotas) se produce una desigualdad de trato, en este caso favorecedora con un sector anteriormente discriminado o que parte de una situación de desigualdad fáctica que se intenta remediar.

Pero a pesar de ese elemento común entre acción positiva y las reservas de plazas laborales, existe sin embargo una gran diferencia jurídica y filosófica entre las acciones positivas de un tratamiento preferencial y el sistema de

reserva de cuotas laborales para mujeres. De hecho, esta segundas no están permitidas por esta Ley Orgánica.

Las acciones positivas que hemos citado anteriormente en el entorno europeo no enfrentan directamente a dos personas que sean titulares de un mismo derecho, producen sólo una discriminación indirecta. Y esto es la única posible discriminación que permite nuestra constitución y el derecho laboral.

Las acciones positivas por parte del Estado¹⁶ actúan en el punto de partida. Los planes de promocionar a las mujeres no son derechos subjetivos o derechos fundamentales de los particulares, sino concesiones del Estado. Nadie tiene un derecho fundamental a disponer de guardería en el lugar de trabajo. Si el Estado decide dar una ayuda para guardería, la otra persona que no tiene hijos y no la recibe no está lesionada en sus derechos. Lo mismo ocurre cuando el Estado da facilidades de reciclaje profesional o cursos gratuitos a personas desaventajadas.

La presente Ley Orgánica no permite un sistema de cuotas ante personas que solicitan un puesto de trabajo porque en esa situación se enfrentan dos personas que son titulares de un mismo derecho, y en ese caso, aún cuando el Estado fuera el que contrata debe respetar el principio de capacidad y mérito, caso de no hacerlo se produciría una discriminación directa ilegal¹⁷.

En principio nuestro derecho sólo permite las acciones positivas que causan una discriminación indirecta. Incluso en esos casos para no romper con los principios elementales de justicia y las exigencias constitucionales el derecho exige que los tratamientos preferenciales y diferenciales estén estrictamente justificados.

En principio la regla general aristotélica de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual, debería intentar aplicarse en favor de la igualdad formal.

Como ya hemos señalado, hay un único caso en el que nuestra legislación permite una discriminación directa que es la que se produce en la reserva de plazas laborales para minusválidos.



En este caso, el razonamiento jurídico se basa en la justificación de que esas personas parten de una desventaja inicial que nunca van a superar, de manera que se justifica que se les reserve desde una cuota en puestos de trabajo hasta un aparcamiento de coche ¹⁸.

Antes de hacer un juicio sobre las cuotas conviene añadir nuevas distinciones dentro del sistema de cuotas, que varía mucho según los países y legislaciones. Hay una diferencia esencial entre EE.UU. y Europa en el caso de la acción afirmativa referente a mujeres. En el ámbito europeo las cuotas sólo se aplican cuando dos candidatos hombre y mujer que concursan a una plaza de la administración pública tienen igualdad de méritos, es decir en caso de empate (*pattsituation*), por tanto no se da el caso de que una mujer con menos méritos que un varón desplace a éste.

Siendo más explícitos la nueva Ley Orgánica da cobertura a supuestos de tratamientos preferenciales para las mujeres que afecten a mejorar sus posibilidades de formación profesional, o de reciclaje para su futura promoción laboral, es decir que afectan a una mejora en el punto de partida. Esto justifica, como se ha dicho que los poderes públicos dirijan cursos de formación explícita para mujeres. Estas reservas de puestos en cursos de formación entrarían en la categoría de tratos preferenciales.

Un ejemplo establecido por la propia Ley se refiere a las actividades de formación para actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas. Así en el artículo 60 se dispone que Acciones positivas en las actividades de formación.

1

“Con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad, o paternidad, o hayan reingresado desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad.



2

Con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquellas que reúnan los requisitos establecidos”.

Esto se está llevando ya a cabo con anterioridad a la presente Ley en determinadas Administraciones Públicas, como Comunidades Autónomas o entes locales. Por ejemplo, cursos en profesiones en las que la mujer está infrarrepresentada o con mayor demanda en el mercado laboral ¹⁹. Sin embargo el derecho comunitario y nuestra Ley Orgánica prohíben reservas de un porcentaje de pue-

18

GIMÉNEZ GLÜCK distingue entre medidas de igualdad positiva y medidas de discriminación inversa, cfr, o.c p. 205.

19

Un ejemplo real lo constituye las políticas de empleo ejercitadas por el Ayuntamiento de Gijón, con excelentes resultados.



tos laborales para mujeres, denominadas en el acervo comunitario como cuotas en el punto de llegada.

Esta diferencia es esencial en el estricto escrutinio que realiza el TJCE sobre los límites de las acciones positivas permitidas por el Derecho Comunitario. En la sentencia Badeck quedará sentada una clara línea de demarcación, según la cual se permite una reserva de plazas incluso rígida del 50% para mujeres (*Starrenquoten*) en cursos de formación, es decir, en el punto de partida, que serían sin embargo ilegales si se aplicaran a la competición por un puesto laboral o de promoción.

Hecha esta aclaración crucial, pasemos a nombrar de un modo sintético algunos de los tipos de cuotas en el punto de llegada que la Ley excluye. Ni siquiera en igualdad de méritos podrá existir un número determinado de porcentaje de puestos laborales en razón del sexo ²⁰.

Las cuotas fijas en las que se trata de cubrir un porcentaje fijo, tanto si es con dependencia de los méritos (leistungsbezogene) o con independencia de los mismos (cuotas rígidas, Starrequoten) están prohibidas por el Derecho Comunitario en ámbitos laborales, con la excepción señalada de disminuidos físicos o psíquicos, a los que en el acceso a cuerpos de funcionarios o similares en concursos públicos se les exige también igual capacitación que el resto de competidores. En la función pública deben superar las mismas pruebas o exámenes para acceder a ese puesto de trabajo ²¹.

Con mayor razón está prohibida dar preferencia a la mujer sobre el varón en la competencia por un puesto laboral si la primera tuviera inferioridad de méritos, y a la inversa está prohibido favorecer al varón y discriminar a la mujer; supuesto que constituiría en ambos casos una discriminación directa prohibida en esta Ley Orgánica; práctica ilegal sin embargo frecuente en su segundo supuesto.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró en el Asunto Abrahamsson contraria a la Directiva de igualdad de trato una ley sueca que daba prioridad a la mujer sobre el varón en el acceso a puestos estatales, en ám-

bitos en que estuviera subrepresentada, incluso cuando tuviera méritos inferiores al competidor varón, aunque prácticamente se exigía empate.

En suma, nuestra Ley Orgánica no permite otorgar un puesto laboral a alguien, tampoco a mujeres, que tengan menos méritos que sus competidores varones, y tampoco permite reservas de porcentajes de puestos laborales para mujeres.

En definitiva, esta Ley Orgánica se ajusta al Derecho Comunitario. Como vemos en la legislación española, en similitud con el resto de los países europeos no existen cuotas laborales como objetivos o *goals*, en el sentido utilizado en EE.UU.

En las cuestiones prejudiciales ante el TJCE se han dado por acordes con las Directivas Comunitarias los siguientes tipo de cuotas;

a

Las cuotas como una meta o como un fin (*Zielvorgabenquoten* o *Ergebnisquoten*, que pueden ser flexibles o rígidas): se proponen alcanzar una paridad entre hombres y mujeres, hasta llegar al 50%, pero en la legislación alemana se aplican sólo cuando la mujer tiene la misma cualificación que el hombre, es decir en situaciones de empate, y sólo si en ese sector o categoría profesional la mujer está infrarrepresentada ²².

El mecanismo para aplicar esta política es también diferente. La diferencia no es de matices, sino que determina los límites en los que un sistema de cuotas puede ser legal o ilegal. Dentro de ellas habría en el caso alemán tres mecanismos, todos ellos dependiendo de los méritos (*Leistungsabhängiger Frauenförderquoten*) ²³.

a1

Las cuotas automáticas en caso de empate. Se consideran como cuotas rígidas y en el derecho comunitario y alemán se consideran contra derecho. Concederían la prioridad a la mujer automáticamente sin tener en cuenta las circunstancias personales del candidato varón. Este es el tipo de cuotas que parecía estar presente en la Ley de Bremen sobre igualdad de oportunidades

20

Algunos autores alemanes hacen una enumeración exhaustiva que no vamos a seguir al pie de la letra, pero la incluimos aquí como referencia.

PFARR, Heide M & BERTELSMANN, K. *Diskriminierung im Erwerbsleben*, p. 108 y pp. 91-94.

1. Rechtliche zur Verwirklichung:

- 1.1. Rechlich bindende Quoten.
- 1.2. Wirtschaftlich bindende Quoten.
- 1.3. Quoten als Orientierungsmaßstab.

2.-Verfahren zur Verwirklichung. Verfahrensmäßige Unterscheidung von gesetzlichen oder tarifvertraglichen Quoten.

- 2.1. Ergebnisquoten.
 - 2.1.1. Zielvorgaben für die Funktionsgruppen
 - 2.1.2. Zielvorgaben bezogen auf Einstellung/Beförderung
- 2.2. Entscheidungsquoten.
 - 2.2.1. Quoten mit vorrangiger Berücksichtigung bei gleicher Qualifikation.
 - 2.2.2. Quoten mit Mindestvoraussetzungen, unabhängig von der Qualifikation, also ohne Qualifikationsvergleich einzustellen.
 - 2.2.3. Quoten ohne Mindestvoraussetzung.
 - 2.2.4. Stellenfixierte Quoten.

3.-Qualifikationsbezug.

- 3.1. Quoten ohne Qualifikationsbezug.
- 3.2. Quoten mit Qualifikationsbezug.

4.-Bezugsgröße.

Z.B., Quoten nach der prozentualen Verteilung von Frauen und Männern entsprechend dem Abschluß von Schulstufen/Hochschulen insgesamt oder einer bestimmten Berufsausbildung oder Hochschulausbildung.

21

Real Decreto 1.451/1983, STC 269/94.

22

SACKSOFSKY, U. o.c. p. 406.

23

HALZNAGEL, Bernd & SCHLÜNDER, Irene. "Zulässigkeit leistungsabhängiger Frauenförderquoten", *Jura*, Heft 10 (1996), pp. 519-527.



en la Administración Pública. No contempla la posibilidad de excepción. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó que este tipo de cuotas lesiona los derechos individuales del otro candidato porque no admite la ponderación de los derechos subjetivos en juego. Como afirma Gräfath el problema de las cuotas se esclarece ante la pregunta de bajo qué condiciones las cuotas para mujeres pueden ser permitidas²⁴.

a2

La cuota no automática o que contiene una cláusula de apertura (Öffnenklausel), o cláusula de excepción (Härtefall, Härteklausel), por la que se atiende, a pesar de la política de promoción de la mujer, a las condiciones sociales del otro candidato, de manera que se da prioridad a la mujer en igualdad de méritos, allí donde está infrarrepresentada, a no ser que las circunstancias sociales del candidato en un caso excepcional aconseje otra cosa: “en principio se debe conceder preferencia a la mujer en caso de promoción; la equidad debe imponer, si las circunstancias lo requieren una excepción a ese privilegio”. Se considera como una cuota flexible, cuotas que persiguen un resultado, pero sólo cuando hay candidatos preparados. En el caso Badeck, el TJCE dictaminará que son compatibles con la Directiva 76/207/CE, de igualdad de trato.

Esta es exactamente el tipo de legislación del Land de Renania del Norte-Westfalia²⁵ que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró compatible con la Directiva 76/207.

Puede ser a favor de la mujer, como en el caso anterior o a favor del hombre, como así ha sido considerado por el TJCE en la sentencia Schnorbus, debido a que en la Ley de Hesse de funcionarios y funcionarias se da prioridad entre otros a quienes hayan realizado el servicio militar a la hora de las prácticas obligatorias que deben realizar los licenciados en Derecho.

a3

En el caso de cuotas que tienden al

50%, a la paridad pero dependiendo de las circunstancias hablamos de cuotas flexibles, o dependientes de las condiciones de los candidatos, no hay una reserva fija de plazas²⁶. Este sería el tipo de cuotas de la Ley de Hesse, examinada en el caso Badeck. Son *Ergebnisquoten* flexibles.

De todo lo dicho resultaría aplicando la doctrina sentada por el TJCE el siguiente esquema.

ESQUEMA

1

Punto de partida

Igualdad de oportunidades. Acciones positivas como tratamientos preferenciales. Uno de los puntos del **caso Badeck**.

■ **Reservas de un 50% de plazas para mujeres en cursos de formación.** Son conformes a la Directiva incluso CUOTAS DE RESULTADO RÍGIDAS (*Ergebnisquoten*).

■ Se produce una DISCRIMINACIÓN DIRECTA, pero está **permitida** si es para la formación en el punto de partida. Medidas directamente discriminatorias pero sólo para formación (*unmittelbar diskriminierende Maßnahmen*).

■ Se exigen méritos, pero no es necesaria la ponderación de las circunstancias particulares de cada uno de los candidatos para ser admitidos en programas de formación profesional dirigidos en exclusiva a mujeres o con reserva de porcentaje para mujeres.

2

Punto de llegada

Cuotas como reserva de un porcentaje fijo de puestos laborales para mujeres. Competir por un mismo puesto de trabajo o por una promoción.

2.1

Es una discriminación inversa DIRECTA ilegal. Si las cuotas son con inferioridad de méritos. Caso Abrahamsson (Suecia). Se otorgan directamente a la candidata femenina sin ponderar los méritos del candidato

también las circunstancias del candidato varón (medidas con efecto indirectamente discriminatorio, *mittelbar diskriminierenden Wirkung*).

Cabe subsumir en este supuesto tres sentencias del TJCE:

■ Cuotas flexibles con cláusula de apertura (Öffnenklausel). **Caso Marschall**. Se exige ponderación.

■ Cuotas de resultado flexibles (*Ergebnisquoten*). **Caso Badeck**. Se exige ponderación.

■ Trato preferencial para paliar una desventaja, como haber hecho el servicio militar. **Caso Schnorbus**. Cabe entender este supuesto como plaza en prácticas de formación y situarlo como una medida en el punto de partida. Estas plazas, dado el sistema alemán, son prácticamente laborales.

La distinción entre efecto indirectamente discriminatorio (*mittelbar diskriminierenden Wirkung*) y medidas directamente discriminatorias (*unmittelbar diskriminierende Maßnahmen*) es crucial en la dogmática constitucional alemana²⁷.

Aunque el TJCE no ha resuelto ningún caso referente a reserva de puestos para minusválidos, la legislación señalada de Alemania y España no encaja exactamente en ninguno de los cinco supuestos anteriores y que es una especie de híbrido. Por una parte está claro que actúan en el punto de llegada, es decir se reserva un tanto por masculino. Es contrario al Derecho Comunitario.

2.2

Es una discriminación inversa DIRECTA ilegal. Si hay igualdad de méritos e infrarrepresentación, pero falta ponderación de las circunstancias particulares de cada uno de los candidatos con independencia de su sexo. Caso Kalanke.

2.3

Es una discriminación inversa INDIRECTA por tanto legal si no se otorga de un modo automático a la mujer por ser mujer, sino que se ponderan



24
GRÄFATH, B. o.c. p. 25.

25
Gesetz zur Förderung der beruflichen Chancen für Frauen im öffentlichen Dienst (Frauenförderungsgesetz) v. 31.10.1989, GVNW, S, 567. Nordrhein-Westfalen.

26
CLASSEN, Claus Dieter. "Wie viele Wege führen zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen?", *JZ*, 19, (1996), pp. 921-930. Aquí p. 927. HERRMANN, E. o.c. p. 230.

27
Esta distinción aparece también en la sentencia Kalanke, en el n° 19, en las conclusiones del Abogado General Tesauro a la misma en el n° 18, y en las conclusiones del Abogado General Jacobs al caso Marschall en el n° 45.

28
El argumento sobre su temporalidad o no, no resuelve la cuestión de fondo en la dogmática constitucional. Se trata de justificar su justicia o no. Si algo fuera injusto no por serlo sólo durante un plazo de tiempo limitado pasa a ser justo. Por otra parte, la invalidez de un individuo no es una falta de igualdad pasajera, sino que hay minusvalías psíquicas o físicas permanentes. El instinto y el sentido común de la justicia inclina a pensar que ese trato de favor está justificado. Se trata de encontrar los argumentos adecuados dentro de la lógica constitucional y de la adecuada técnica jurídica. Quizá este sea uno de los ejemplos en los que la vida o los hechos se adelantan al derecho y a la lógica jurídica. La justificación puede venir a través del principio de proporcionalidad, das Verhältnismässigkeit (Cfr. ALEXY, R. *Teoría de los Derechos Fundamentales*, p. 111).

ciento de puestos laborales. Por otra parte, se exige igualdad de méritos (haber pasado una oposición en las mismas circunstancias que los otros candidatos), aunque no actúan sólo en situaciones de empate, ya que se puede posponer a una persona con más puntuación. Por otra parte, se reserva un número fijo de plazas sólo para ellos, luego sería una especie de cuota rígida. Se produce una discriminación directa en el punto de partida que mientras que en el resto de supuestos sería ilegal, en este como excepción se califica como legal según la actual normativa española.

La discriminación directa en el punto de partida respecto al resto de los candidatos sería equiparable a la reserva de plazas de formación para mujeres, que es una discriminación directa que entra dentro de los límites de lo permitido ²⁴.

Por último, debe indicarse que la Directiva comunitaria da cobertura a un tipo de supuestos que finalmente no han sido recogidos en la presente Ley. Nos referimos a la preferencia de la mujer sobre el varón en casos de empate en el acceso o la promoción dentro de la Función Pública si estuviera infrarrepresentada (Caso Marschall).

La Ley Orgánica ha dejado esta posibilidad como una posibilidad voluntaria en la negociación colectiva, añadiendo un párrafo 4 al artículo 17 del Estatuto de los Trabajadores (supuesto que trataremos detalladamente *infra*).

6. EL CONCEPTO DE REPRESENTACIÓN EQUILIBRADA

Es necesario precisar que queda excluido del ámbito laboral otro concepto acuñado por la ley y que tan sólo tiene aplicación en el ámbito de la representación política a través de las listas electorales.

En primer lugar hay que subrayar que la ley no utiliza el término paridad, tan traído y llevado en los medios de comunicación al informar sobre el proceso de debate sobre el anteproyecto de la presente Ley Orgánica.

La presente Ley Orgánica incluye una Reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG). Ello supone legislar un nuevo artículo 44 bis en la anterior Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, redactado en los siguientes términos; "Las candidaturas que se pre-



senten a las elecciones de diputados y diputadas al Congreso, municipales y de miembros de los Consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados y diputadas al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico”.

En otras palabras, a partir de la aprobación de esta Ley Orgánica de igualdad se reforma también ese artículo de otra Ley Orgánica, la de Régimen Electoral General. Esto se ha llevado a cabo respetando los procedimientos constitucionales, que exigen para esta materia una mayoría absoluta del Congreso en una votación final sobre el conjunto del proyecto, de acuerdo con los mecanismos previstos en la Constitución para la elaboración y reforma de Leyes Orgánicas.

La consecuencia de ello es que todas las listas electorales tanto en elecciones a los órganos de representación estatal, como en las Asambleas de las Comunidades Autónomas, como los Entes Locales, deberán presentar sus listas con una proporción de 40% y 60% de cada uno de los dos sexos.

El concepto que utiliza la ley es el de *Representación equilibrada*. No aparece el término cuota, ni se habla de una reserva de escaños a favor del sexo femenino, ni de una paridad de 50% entre mujeres y hombres.

En la disposición adicional primera se aclara el significado del concepto de presencia o composición equilibrada en los siguientes términos; “A los efectos de esta Ley, se entenderá por composición equilibrada la presencia de mujeres y hombres de forma que, en el conjunto a que se refiera, las personas de cada sexo no superen el sesenta por ciento ni sean menos del 40%”.



Desde un punto de vista jurídico, esta fórmula es conforme a la Constitución Española. De hecho ha sido, como es preceptivo, informada por los órganos pertinentes, incluido el Consejo General del Poder Judicial, afirmando todos ellos la constitucionalidad de esta formulación.

El término representación equilibrada significa que en la vida pública y en los órganos de decisión política debe haber una presencia equilibrada de hombres y mujeres porque eso es lo justo en una democracia igualitaria.

Por otra parte, el orden de los candidatos y candidatas en la lista debe responder a la de dos hombres o mujeres frente a tres hombres o dos mujeres cada cinco candidatos o candidatas. Con ello se evita el imponer unas listas cremallera, hombre-mujer, que hubieran podido ser de dudosa constitucionalidad.

Hasta ahora, la decisión sobre presentar listas con más mujeres candidatas ha sido una cuestión que se dejaba a

la libertad interna de los partidos políticos. La posibilidad de introducirla como algo obligatorio requería la reforma de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. La Constitución es suficientemente elástica y flexible como para admitir su obligatoriedad. De hecho, el artículo 6 afirma que “los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son un instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”.

La imposición legislativa propuesta es compatible con la libertad interna de los partidos. Éstos tienen un margen de libertad en su actuación interna, pero con el límite del respeto al principio de igualdad. Todos sabemos que la formación de las listas electorales y la representación interna dentro de los partidos políticos es una cuestión de



poder, de contacto y redes, con poca relación con principios de capacidad y mérito. En un mundo político masculinizado no basta con que la mujer esté cualificada para asegurar con ello la igualdad de oportunidades. Esta afirmación no es una opinión subjetiva, sino un dato probado por las estadísticas en todos los ámbitos, hasta en el del acceso al funcionariado de la Administración Pública del Estado.

El término representación equilibrada tiene una profunda carga antropológica. No es una medida matemática o cuantitativa, sino cualitativa. No quiere decir de ningún modo que las mujeres sólo se vean representadas por mujeres, o que sólo otras mujeres puedan defender sus derechos. Eso es una afirmación sesgada y manipulada.

Representación equilibrada significa que el espacio público, los ámbitos de tomas de decisión deben contar con la visión de los hombres y de las mujeres. Y para ello es necesaria la presencia de las mujeres. Las mujeres no son cuota, ni son florero, son sencillamente imprescindibles para realizar una sociedad justa, en la que se aporte su modo de ver las cosas, que es diferente a la de los varones, ni mejor, ni peor, simplemente necesario sin más adjetivos.

La representación equilibrada del 40-60 no va a suponer una injusta discriminación de los varones, sino el logro de una igualdad justa a favor de mujeres y hombres, mediante la cual las primeras ocupen un espacio que les corresponde. Eso supone dar a cada uno lo suyo. Con este procedimiento se fuerza ciertamente la igualdad de oportunidades a ser candidatas pasivas, pero no se fuerza el resultado, ya que éste dependerá de los electores. Ciertamente debido a nuestro sistema de listas cerradas acabará necesariamente habiendo más mujeres elegidas, siendo esa precisamente la meta pretendida.

Algunos sectores, tanto partidos políticos, como en general, mujeres que ya ocupan los altos puestos en la vida empresarial etc., insisten en que eso se debería alcanzar de otra manera, y que esto es una imposición o una injeren-

cia de los Poderes Públicos en ámbitos que corresponden a la legítima autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, hay que tener en cuenta que estamos hablando sólo de la representación equilibrada en las listas electorales, y no del mundo laboral cuyas reglas son distintas y el principio de igualdad, capacidad y mérito en el acceso a puestos laborales no permite este tipo de procedimiento, como queda perfectamente marcado en el Proyecto de Ley Orgánica de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

La legislación prevista, tanto en lo que se refiere a las listas electorales, como a la introducción de acciones positivas en general es perfectamente respetuosa con el marco constitucional. Cosa diferente es que haya diversidad de propuestas, todas ellas válidas, sobre los procesos adecuados para alcanzar la igualdad de hecho, sin lesionar la igualdad de derecho.

Las Cortes Generales, que son las legítimamente autorizadas, lo han decidido, respetando escrupulosamente los procedimientos legislativos.

7. DISTINTIVO EMPRESARIAL EN MATERIA DE IGUALDAD. Artículo 50

Artículo 50

Distintivo para las empresas en materia de igualdad

1

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales creará un distintivo para reconocer a aquellas empresas que destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras, que podrá ser utilizado en el tráfico comercial de la empresa y con fines publicitarios.

2

Con el fin de obtener este distintivo, cualquier empresa, sea de capital público o privado, podrá presentar al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales un balance sobre los parámetros de

igualdad implantados respecto de las relaciones de trabajo y la publicidad de los productos y servicios prestados.

3

Reglamentariamente, se determinarán la denominación de este distintivo, el procedimiento y las condiciones para su concesión, las facultades derivadas de su obtención y las condiciones de difusión institucional de las empresas que lo obtengan y de las políticas de igualdad aplicadas por ellas.

4

Para la concesión de este distintivo se tendrán en cuenta, entre otros criterios, la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de dirección y en los distintos grupos y categorías profesionales de la empresa, la adopción de planes de igualdad u otras medidas innovadoras de fomento de la igualdad, así como la publicidad no sexista de los productos o servicios de la empresa.

5

El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales controlará que las empresas que obtengan el distintivo mantengan permanentemente la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras y, en caso de incumplirlas, les retirará el distintivo.

El Ministerio que creará un distintivo empresarial en materia de igualdad será el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La razón que dará lugar a hacerse acreedor de dicho distintivo es que esas empresas destaquen por la aplicación de políticas de igualdad de trato y de oportunidades con sus trabajadores y trabajadoras.

Este distintivo una vez otorgado podrá ser utilizado por la empresa en el tráfico comercial y con fines publicitarios. Las condiciones para ser merecedor de este distintivo están pendientes de ser reguladas reglamentariamente.

A nivel del Estado existe el distintivo Empresas Óptima. Hasta la fecha varias comunidades autónomas han ido creando sus propios distintivos.



Como ejemplo, recurrimos a la denominación de Entidad Colaboradora en Igualdad que otorga el Instituto Aragonés de la Mujer-Gobierno de Aragón. Esta distinción no da derecho a ninguna retribución económica, ni es un premio en metálico, sino una distinción simbólica que otorga prestigio a dichas entidades y que suelen alegar a la hora de solicitar en las administraciones públicas subvenciones, o bien en los concursos de contratación con dicha administraciones. Sin embargo, hasta ahora ese tipo de distintivos no otorgaban ninguna ventaja real a la hora de concursar en la solicitud de contratación con las Administraciones Públicas.

En el caso reseñado, las propias empresas solicitan al Instituto Aragonés de la Mujer ser examinadas para la obtención de esta denominación. El procedimiento es laborioso. Por ejemplo, en determinadas Comunidades Autónomas como la aragonesa, el Instituto Aragonés de la Mujer designa a funcionarias de su administración que llevan a cabo esta tarea. Las empresas se comprometen a mejorar su plan de igualdad entre su personal y existe un seguimiento de las mismas por parte de la Administración, una vez otorgada la distinción de Entidad Colaboradora en Igualdad.

A partir de ahora la adquisición de esta Marca puede contribuir también a ser un criterio entre otros de los previstos en la propia Ley como criterios de calidad favorables a la hora de licitar en concursos de contratos con la Administración del Estado.

8. CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Artículo 33

Contratos de las Administraciones Públicas

Las Administraciones públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, a través de sus órganos de contratación y, en relación con la ejecución de los contratos que celebren, podrán establecer condiciones especiales con

el fin de promover la igualdad entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, de acuerdo con lo establecido en la legislación de contratos del sector público.

Artículo 34

Contratos de la Administración General del Estado

1

Anualmente, el Consejo de Ministros, a la vista de la evolución e impacto de las políticas de igualdad en el mercado laboral, determinará los contratos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos que obligatoriamente deberán incluir entre sus condiciones de ejecución medidas tendentes a promover la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el mercado de trabajo, conforme a lo previsto en la legislación de contratos del sector público.

En el Acuerdo a que se refiere el párrafo anterior podrán establecerse, en su caso, las características de las condiciones que deban incluirse en los pliegos atendiendo a la naturaleza de los contratos y al sector de actividad donde se generen las prestaciones.

2

Los órganos de contratación podrán establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos de las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica o profesional, cumplan con las directrices del apartado anterior, siempre que estas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación y respetando, en todo caso, la prelación establecida en el apartado primero de la disposición adicional octava del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.



Artículo 35

Subvenciones públicas

Las Administraciones públicas, en los planes estratégicos de subvenciones que adopten en el ejercicio de sus competencias, determinarán los ámbitos en que, por razón de la existencia de una situación de desigualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, las bases reguladoras de las correspondientes subvenciones puedan incluir la valoración de actuaciones de efectiva consecución de la igualdad por parte de las entidades solicitantes. A estos efectos podrán valorarse, entre otras, las medidas de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, de responsabilidad social de la empresa, o la obtención del distintivo empresarial en materia de igualdad regulado en el capítulo IV del título IV de la presente Ley.

La ley lo establece ahora de un modo claro en el caso de subvenciones, si bien no lo especifica entre los criterios posibles en materia de contratación. Sin embargo, a nuestro juicio se haya en ellos de un modo implícito, en el sentido de que las empresas que hayan obtenido esta marca contarán con un criterio de calidad en relación con el hecho de ser “Responsables en materia de igualdad”.



Hasta el presente el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre, aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas contemplaba la posibilidad de tener en cuenta como uno de los criterios entre otros a la hora de la adjudicación de contratos el carácter social de algunas empresas, como por ejemplo las que empleaban a disminuidos físicos o psíquicos.

Con cierto paralelismo se establece ahora este nuevo criterio que tendrá en cuenta como criterio favorable el hecho de que la empresa se distinga por el cumplimiento del principio de igualdad entre mujeres y hombres.

Se sugiere a continuación un posible desarrollo reglamentario de dichos artículos.

Sin perjuicio de otras medidas que se consideren oportunas, las administraciones públicas, en la normativa que regula en los supuestos en que así permita la legislación de contratos, incluirán entre los criterios de adjudicación en los pliegos de cláusulas administrativas particulares uno que valore la integración de la perspectiva de género en la oferta presentada a concurso de contratación. De modo simi-

lar a lo previsto en la disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según la cual; En la contratación con empresas que tengan en su plantilla minusválidos y con entidades sin ánimo de lucro.

1

Los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2%, siempre que en dichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

2

En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

3

La valoración tendrá en cuenta; la integración de medidas para la conciliación entre vida familiar y laboral, y el respeto al principio de igualdad de oportunidades laborales de los progenitores, padres y madres de familia. En la misma forma y condiciones podrá establecerse tal preferencia en la adjudicación de los contratos relativos a prestaciones de carácter social o asistencial para las proposiciones presentadas por entidades sin ánimo de lucro, con personalidad jurídica, siempre que su finalidad o actividad tenga relación

directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y figuren inscritas en el correspondiente registro oficial. En este supuesto, el órgano de contratación podrá requerir de estas entidades la presentación del detalle relativo a la descomposición del precio ofertado en función de sus costes.

4

En el supuesto de subvenciones públicas, entre los criterios de valoración de la capacidad técnica de los candidatos o licitadores y, en su caso, entre los requisitos que deberán reunir los beneficiarios de subvenciones, valorarán la trayectoria de los mismos en el desarrollo de políticas o actuaciones dirigidas a la igualdad de mujeres y hombres.

5

Asimismo, con sujeción a la legislación de contratos y a lo previsto en el apartado siguiente, se contemplará, como condición de ejecución del contrato, la obligación del adjudicatario de aplicar, al realizar la prestación, medidas tendentes a promover la igualdad de hombres y mujeres.

6

El Gobierno, así como los órganos equivalentes del resto de las administraciones públicas, y en su defecto, para el caso de los expedientes contractuales, los órganos de contratación, establecerán los tipos o características de las contrataciones y subvenciones en los que corresponda aplicar las medidas contempladas en el apartado anterior, teniendo en cuenta la normativa aplicable, los diferentes objetos contractuales y la convivencia o compatibilidad y coordinación con la aplicación de otras políticas públicas en el ámbito contractual y subvencional. El Gobierno establecerá reglamentariamente indicadores para facilitar la valoración del cumplimiento del criterio o cláusula referida en el apartado anterior, entre los que se han de incluir el de elaborar y ejecutar planes o programas para la igualdad de mujeres y hombres, y para la conciliación entre vida familiar y laboral de los trabajadores/as.