

# NOTAS ACERCA DEL EMPLEO DE LA MUJER EN LA LEY ESPAÑOLA DE IGUALDAD ENTRE SEXOS

**Rafael Sastre Ibarreche\***

La reciente Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, impulsada por el Gobierno socialista, constituye uno de los hitos legislativos más relevantes en la legislatura actual en España. Dentro de su Exposición de motivos se señala que la mayor novedad de esta norma se halla en la prevención de las conductas discriminatorias y en la articulación de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad, lo que obliga a proyectar el principio de igualdad sobre los distintos ámbitos de regulación de la realidad social, cultural y artística en que pueda surgir o perpetuarse la desigualdad. Por ello resulta imprescindible situar en un lugar preferente la dimensión transversal de la igualdad, que es clave en el moderno derecho antidiscriminatorio, tal y como se ha venido impulsando desde las instituciones y el ordenamiento jurídico de la Unión Europea de una manera especial.

En esta línea y a fin de conseguir una igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, la Ley prevé un marco general para el establecimiento de las denominadas acciones positivas. Como es sabido, ello implica dirigir a todos los poderes públicos un mandato para acabar con las situaciones de desigualdad de hecho que no pueden ser corregidas por la mera formulación del principio de igualdad jurídica o formal. En consecuencia, se postula en ciertas áreas un derecho desigual a favor de las mujeres pero con las prevenciones y condicionamientos que garanticen su licitud constitucional de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria emanada del Tribunal de Justicia de Luxemburgo y del propio Tribunal Constitucional español.

La Ley pretende, de modo específico, combatir la desigualdad en el campo de las relaciones laborales. Por eso, se reconoce también el derecho al trabajo en igualdad de oportunidades mediante la incorporación de medidas que garanticen la igualdad entre sexos en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales y en las

---

\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Salamanca (España). E-mail: rsastre@usal.es

condiciones de trabajo. Añadidamente, se busca potenciar el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y se fomenta una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares. Por otro lado, la Ley persigue promover la adopción de medidas concretas en favor de la igualdad en las empresas a través de la negociación colectiva. Finalmente, en el ámbito del empleo público aparecen diseñadas medidas específicas para los procesos de selección y provisión de puestos de trabajo dentro de la Administración General del Estado.

Pues bien, la pretensión de este breve ensayo es ofrecer al lector brasileño algunas líneas generales sobre el tratamiento que esta Ley Orgánica 3/2007 otorga a un aspecto determinado de las relaciones laborales como es el de la igualdad en el empleo o incorporación al trabajo de la mujer, siempre teniendo en cuenta el marco de referencia que supone el Derecho de la Unión Europea. Para ello, se estructura el análisis en tres apartados: en primer lugar, una breve reflexión sobre el significado de la igualdad en el acceso al empleo; a continuación, un examen de las principales novedades de la Ley y, por último, la consideración específica de la importancia de las acciones positivas<sup>1</sup>.

## I. ACCESO AL EMPLEO E IGUALDAD

En el ordenamiento laboral español, el empresario dispone de una amplia y genérica libertad de contratación que se proyecta en una doble dimensión: primero, en el derecho a decidir si contratar o no a un trabajador, y bajo qué modalidad; en segundo lugar, en el derecho a la libre elección del trabajador con el que va a celebrar el contrato. Por ello, podría hablarse de una libertad para contratar, por un lado, y de una libertad de elección, por otro. Con todo, esa libertad se encuentra sometida a importantes límites, algunos directamente constitucionales, otros de índole administrativa o convencional<sup>2</sup>. Interesa

---

<sup>1</sup> *Principales abreviaturas utilizadas*: AA.VV. (autores varios); art. (artículo); CE, CEE (Comunidades Europeas); ET (Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995); FJ (fundamento jurídico); LOIE (Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres); LPL (Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995); p. (página); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); STJCE (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo); STS (Sentencia del Tribunal Supremo); TC (Tribunal Constitucional); TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas); TS (Tribunal Supremo).

<sup>2</sup> T. SALA FRANCO, «La libertad de contratación empresarial», en AA.VV., *Estudios de Derecho del Trabajo*

destacar que, en lo relativo a la libertad de elección, dichas limitaciones provienen, fundamentalmente, de las normas antidiscriminatorias en el empleo, de las diversas prohibiciones para contratar, de las normas sobre colocación, de las pruebas de aptitud para el ingreso en el trabajo y, por último, del régimen jurídico de los ascensos.

El Tribunal Constitucional viene reiterando que la prohibición de discriminación por razón de sexo se configura como un límite al ejercicio de la libertad empresarial de contratación que resulta también aplicable en la fase de acceso al empleo (SSTC 173/1994 y 41/1999, 22 de marzo). Tal limitación impone al empresario obligaciones diversas: si hablamos de discriminaciones directas, habrá de utilizar “un criterio neutro predicable por igual para el hombre y la mujer”; cuando nos encontremos ante discriminaciones indirectas o de impacto adverso, se trataría de “rechazar aquellos otros criterios que, aun siendo formalmente neutros, produzcan un resultado adverso para los integrantes de uno y otro sexo”<sup>3</sup>.

Y, por otro lado, avala plenamente las específicas reglas que, en materia de distribución de la carga probatoria, rigen en estos supuestos de invocación se presuntos comportamientos discriminatorios en el acceso al empleo. Se trata, como estableció la STJCE 30 de junio de 1988, C-318/86, Asunto *Comisión contra Francia*, de “hacer transparentes, a fin de que sean ponderados por el órgano judicial en su función tuteladora del derecho fundamental, los criterios que para la selección de los trabajadores ha utilizado el empleador”. Y ello, por los especiales problemas probatorios que, en dichos supuestos, presenta la constatación del comportamiento empresarial, sobre todo cuando se trata de discriminaciones indirectas. A cambio de exigir al empresario acreditar que los criterios utilizados hayan sido objetivos y ajenos a una finalidad discriminatoria, la parte demandante habrá de aportar al proceso “un mínimo de indicios suficientes, o un principio de prueba que genere razonablemente una apariencia o presunción sobre la realidad de la conducta empresarial que se denuncia”.

---

*en memoria del prof. G. Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980, p. 351 y ss., donde expone una amplia visión de Derecho comparado. Para una referencia más concreta al caso español, *vid.*, de este mismo autor, «El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa», en AA.VV., *El ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*, Madrid, MTSS, 1987, p. 23 y ss. Por mi parte, he considerado también estos problemas en R. SASTRE IBARRECHE, *El derecho al trabajo*, Madrid, Trotta, 1996, p. 169 y ss.

<sup>3</sup> Un buen exponente de discriminación indirecta en el acceso al empleo es el analizado en la STS 4 de mayo de 2000 (RJ 2000\4266): así, exigir, por parte de la empresa, una determinada titulación -FP 2- para la incorporación a ciertas categorías profesionales -especialista- sin que dicha exigencia conste en el convenio colectivo resulta desproporcionado, por la mínima cualificación de esa categoría, “y perjudicial para el colectivo femenino, que por razones socio-económicas no suele poseer tal título” (FJ 5º).

Una aproximación a la cuestión aquí abordada podría comenzar con dos observaciones obvias. La primera de ellas radica en la comprobación de un interés especial del legislador estatutario por la proyección del derecho a la igualdad sobre la relación de trabajo, proscribiendo la utilización del elemento del sexo para llevar a cabo injustificadas diferenciaciones. En efecto, bastaría con recordar ahora el contenido de los arts. 4.2, c; 16.2; 17; 22.4; 24.2 y 28 del Estatuto de los Trabajadores, así como los arts. 2; 6.1 y 22.2 de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo para certificar la preocupación legislativa al respecto. Preocupación que, por cierto, ya se encontraba en el texto constitucional de 27 de diciembre de 1978, singularmente en su art. 35.1, precepto básico en la configuración del marco jurídico de nuestro sistema de relaciones laborales.

A la segunda observación se llega constatando la distancia que separa, una vez más, las especificaciones legales de las realidades estadísticas. En efecto, los datos proporcionados por el Instituto de la Mujer sobre la base de los suministrados por el propio Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales o el Instituto Nacional de Estadística<sup>4</sup> son ilustrativos de las diferencias reales que continúan existiendo entre hombres y mujeres. Así, se observan diferencias significativas, primero, en las tasas de actividad, ocupación y paro; por otro lado, sobre el total de población ocupada predominan, en primer término, las trabajadoras asalariadas sobre las autónomas y, en segundo lugar, la jornada parcial sobre la completa, puesto que un elevado porcentaje de los contratos a tiempo parcial se celebra con mujeres. Examinando los tipos y duraciones de los contratos también podemos encontrar datos significativos sobre el porcentaje de mujeres contratadas al amparo de unas u otras modalidades: menor número de contrataciones indefinidas frente a una elevada presencia, en cambio, dentro de los contratos de los fijos discontinuos, de interinidad y de los contratos verbales. Es igualmente llamativa la brecha salarial en el número total de ocupaciones, pero con porcentajes más elevados, por ejemplo, en el caso de trabajadoras no cualificadas en servicios, dependientas de comercio o empleadas de tipo administrativo. En cuanto al ámbito de la Función Pública, también pueden hallarse cifras reveladoras de importantes desigualdades al

---

<sup>4</sup> Con el fin de no cansar a los lectores con un exceso de cifras, éstas pueden ser consultadas fácilmente en las direcciones <http://www.mtas.es> y [www.ine.es](http://www.ine.es), donde pueden confirmarse las afirmaciones hechas en el texto.

considerar, por ejemplo, el porcentaje de mujeres funcionarias de carrera correspondiente a los distintos grupos o el nivel de complemento de destino.

Antes de entrar en el examen de su contenido, debe indicarse que, en relación a las cuestiones objeto de este análisis, la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres -en adelante, LOIE-, se hace eco de categorías y técnicas procedentes muchas de ellas del Derecho y jurisprudencia comunitarias y que, por otro lado, contaban ya con una recepción expresa en nuestro ordenamiento y en la doctrina constitucional. Junto a novedades importantes -entre otras, la introducción de planes de igualdad o el impulso a las acciones positivas-, en el articulado de la norma se incorporan categorías ya conocidas pero que van a contar, a partir de ahora, con una cobertura formal unitaria y sistemática bajo la figura de una ley orgánica, lo que no deja de significar un paso importante en el camino hacia la igualdad efectiva.

En general, la incorporación al trabajo, el ingreso en plantilla, constituye un momento en el que se plantean buen número de problemas jurídicos que, aun a riesgo de parecer excesivamente simplificador, podrían identificarse con dos categorías. Nos encontramos, primero, con la implicación de una serie de derechos constitucionales susceptibles de colisionar a veces entre sí o de configurar situaciones complejas en que aparecen afectados o relacionados algunos de ellos. Piénsese, en un repaso apresurado, en la conexión del derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación con derechos tales como la integridad física (art. 15 de la Constitución), la intimidad (art. 18.1), el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad (arts. 23.2 y 103.3), la libertad sindical (art. 28.1), el derecho al trabajo y la libertad profesional, así como la promoción a través del trabajo (art. 35.1), la libertad de empresa (art. 38), la formación profesional y la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40.2) o la protección de la salud (art. 43). En segundo término, se plantea también el problema de la fiscalización adecuada de las conductas discriminatorias en un momento anterior a la formalización del vínculo jurídico, bien de carácter laboral, bien administrativo, del ciudadano con la empresa o la Administración. Habitualmente, las personas que son objeto de un trato discriminatorio en dichos momentos *precontractuales* no suelen mostrar un excesivo activismo jurídico frente a las conductas discriminatorias conformándose muchas veces con la decisión denegatoria del empleo sin denunciar dichas prácticas o plantear demandas judiciales frente a los responsables de las mismas. Estas actitudes conformistas reposan, obviamente y en

muchos casos, en las dificultades probatorias inherentes, máxime cuando suele tratarse de supuestos de discriminación indirecta en la mayoría de las ocasiones.

La concurrencia de diferentes derechos fundamentales y, consiguientemente, de una pluralidad de bienes jurídicos tutelados se pone de manifiesto, por ejemplo, en el caso de aquellas normas que persiguen proteger, en principio, la salud o la integridad de la mujer. Como es sabido, la puesta en cuestión de la finalidad tuitiva perseguida por dichas regulaciones no ha dejado de repetirse al emerger también potencialidades discriminatorias inicialmente ocultas. Paradigma de este tipo de interferencias han sido, indudablemente, las normas prohibitivas del trabajo femenino nocturno o del considerado peligroso. Así, la STJCE 25 de julio de 1991, C-345/89, Asunto *Stoeckel*, estimó que la prohibición de trabajo nocturno a la mujer no puede ya justificarse en la preocupación protectora original: a excepción de los casos de embarazo o maternidad, no existen razones objetivas que justifiquen la existencia de inconvenientes diferenciados por motivos de sexo. Así, únicamente las singularidades biológicas vinculadas a aquellas circunstancias justificarían un trato dispar (SSTJCE 12 de julio de 1984, C-184/83, Asunto *Hofmann*, y 15 de mayo de 1986, C-222/84, Asunto *Johnston*).

En nuestra experiencia nacional, la resolución más conocida al respecto es probablemente la STC 229/1992, de 14 de diciembre, que declaró la inconstitucionalidad, por discriminatorio, del Decreto de 26 de julio de 1957, sobre trabajos prohibidos a las mujeres y a los menores, en lo referente a las primeras. En la línea de la jurisprudencia comunitaria, el TC sostiene que no contravienen la Constitución “aquellas disposiciones que tiendan a la tutela de la mujer trabajadora en relación con el embarazo o la maternidad, a los que se refiere el art. 2.3 de la Directiva 76/207 CEE, y que son los factores que principalmente permiten introducir distinciones de trato para la protección de la mujer”. Sin embargo, el TC advierte de que, en otros supuestos, “la protección de la mujer y de su salud en función de su sexo debe examinarse con suma cautela e incluso con desconfianza, por las repercusiones negativas que directa o indirectamente pueden tener en la consecución de la efectiva igualdad entre hombres y mujeres” (FJ 3º). En principio, el establecimiento de diferencias en materia de condiciones de acceso al empleo y de condiciones de trabajo que se basen en razones biológicas para las que el sexo no resulte irrelevante son legítimas desde la óptica constitucional. Ahora bien, “para que esa diferencia biológica pueda justificar la disparidad de trato es necesario calibrar adecuadamente las razones de la tutela, teniendo en cuenta muy en particular si la protección puede ser actual o

potencialmente lesiva también de los derechos y de los intereses de la mujer”. Así, del art. 14 de la Constitución deriva la exigencia de suprimir determinadas normas históricamente tuitivas que, excepción hecha del supuesto del embarazo y de la maternidad, “suponen refrendar o reforzar una división sexista de trabajos y funciones mediante la imposición a las mujeres de límites aparentemente ventajosos pero que le suponen una traba para su acceso al mercado de trabajo” (FJ 4º). Las razones históricas que llevaron a establecer este tipo de limitaciones no resultan hoy suficientes para justificar su mantenimiento, máxime cuando aquéllas suelen basarse en prejuicios u opiniones preconcebidas<sup>5</sup>.

En el momento presente, las formulaciones tendentes a consagrar el derecho de la mujer a acceder al empleo en igualdad de condiciones pasan por considerar un doble plano, el comunitario y el nacional, ámbitos en los que las resoluciones judiciales y el juego de la negociación colectiva -ésta en el segundo de dichos planos- aportan una contribución decisiva<sup>6</sup>. Con carácter más general, también cabría hacer referencia al Convenio 111 OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, adoptado el 25 de junio de 1958.

Actualmente, el marco comunitario básico en esta materia es el que establecen los arts. 2 (la promoción de la igualdad entre sexos como uno de los objetivos de la Comunidad); 3.2 (transversalidad del principio de igualdad); 13 (posibilidad de adopción de acciones frente a la discriminación); 137.1 y 141 de la versión consolidada del Tratado. Interesa ahora recordar que el art. 137.1, letra i) dispone que, a fin de lograr alcanzar los objetivos establecidos en el art. 136, la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros en el ámbito de “la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo”. Por su parte, en el art. 141.3 se establece que el Consejo “adoptará medidas para

---

<sup>5</sup> “En este caso ese prejuicio es la menor fortaleza física y mayor debilidad de la mujer en relación al varón, como algo que corresponde a la naturaleza de las cosas, y es a partir de ese prejuicio desde el que se puede llegar a entender infundadamente que la diferencia física que existe entre los hombres y las mujeres es suficiente para justificar una prohibición del trabajo de las mujeres en el interior de las minas. Sea esta una percepción defectuosa o errónea o sea una percepción desfasada tras la evolución social, lo cierto es que este tipo de prohibición responde más a un estereotipo que a diferencias reales naturales o biológicas, y produce en todo caso en el mercado de trabajo unos efectos claramente discriminatorios al suponer para la mujer un especial límite o desventaja. A diferencia de los varones, a las mujeres se les veda la posibilidad de realizar trabajos en el interior de las minas, estableciéndose una exclusión vinculada directamente a las diferencias de sexo”.

<sup>6</sup> Desde una amplia perspectiva y relacionando ambos campos, resulta de interés el trabajo de J. GARCÍA MURCIA, «Impacto y perspectivas del principio comunitario de igualdad de trato: la experiencia española», *Justicia Laboral* nº 26, 2006, p. 11 y ss.

garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, incluido el principio de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor”. Y, en especial, ha de mencionarse el tenor del art. 141.4, que viene a consagrar un reconocimiento de las acciones afirmativas:

“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”.

Por lo que se refiere al Derecho derivado, sin duda es hoy la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, la norma clave, texto por el que se refunden varias Directivas anteriores, entre ellas la 76/207/CEE -modificada a su vez por la Directiva 2002/73/CE<sup>7</sup>-, la 97/80/CE y la 2000/78/CE<sup>8</sup>. Ciertamente, su art. 33 establece, con carácter general, la fecha del 15 de agosto de 2008 como límite para la puesta en vigor de las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a su contenido, aclarando que la obligación de incorporarla al Derecho nacional “debe limitarse a las disposiciones que constituyen una modificación sustancial en relación con las anteriores Directivas”. Sin embargo, a efectos del presente análisis, puede resultar de interés reproducir ahora el tenor del Considerando 19, donde se reconoce que la garantía de la igualdad de acceso al empleo y a la formación profesional capacitadora resulta esencial para la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en las materias de empleo y ocupación, de manera que “toda excepción a este principio debe limitarse a las actividades profesionales que requieren el empleo de una persona de un sexo determinado por su naturaleza o el contexto en que se realicen, siempre que el

---

<sup>7</sup> La Disposición Final 4ª de la LO 3/2007 aclara que, a través de su articulado, se procede a transponer al ordenamiento, entre otras, la Directiva 2002/73, del Parlamento y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, por la que se modificó la previa Directiva 76/207, de 9 de febrero de 1976. La incorporación no deja de revestir un cierto retraso formal puesto que el plazo de transposición concluía el 5 de octubre de 2005, tal y como se reitera en el Anexo I, parte B de la propia Directiva 2006/54.

<sup>8</sup> El art. 34 de la Directiva 2006/54 señala que “con efecto a partir del 15 de agosto de 2009, las Directivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE y 97/80/CE quedarán derogadas sin perjuicio de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en lo relativo a las fechas de incorporación a su Derecho interno y de aplicación de las directivas que figuran en el anexo I, parte B”.



objetivo buscado sea legítimo y se respete el principio de proporcionalidad”. Con posterioridad será analizada la concreta recepción material de este Derecho derivado por parte de la LOIE. Baste ahora indicar que, siendo la finalidad general de la Directiva 2006/54 garantizar la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, sus disposiciones se orientan a la proyección de dicho principio sobre “el acceso al empleo, incluida la promoción, y a la formación profesional” (art. 1).

La jurisprudencia del TJCE, por otro lado, aporta interesantes elementos en la apreciación de discriminaciones por razón de sexo en el acceso al empleo como, por ejemplo, cuando se trata de mujeres embarazadas. Así cabría destacar las SSTJCE 8 de noviembre de 1990, C-177/88, Asunto *Dekker* (no contratación para un empleo público de la candidata más apta alegando razones económicas); 5 de mayo de 1994, C-421/92, Asunto *Habermann-Beltermann* (donde se esgrime la prohibición de trabajo nocturno para la trabajadora embarazada de acuerdo con la normativa alemana); 14 de julio de 1994, Asunto *Webb* (despido de trabajadora contratada para sustituir a otra con licencia por maternidad); 3 de febrero de 2000, C-207/98, Asunto *Mahlburg* (nueva concurrencia de prohibición legal)<sup>9</sup>; o, por último, 4 de octubre de 2001, C-109/00, Asunto *Tele DanMark* (aplicación de la prohibición de discriminación por motivos de embarazo a los supuestos de contratación temporal).

Como es sabido, la consideración como discriminación directa por razón de sexo de las discriminaciones basadas en el embarazo de la trabajadora cuenta con una recepción consolidada en nuestra jurisprudencia constitucional, dentro de la que habría que destacar las SSTC 94/1984, de 16 de octubre; 166/1988, de 26 de septiembre; 173/1994, de 7 de junio; y 136/1996, de 23 de julio. El art. 8 de la LOIE no hace sino confirmar esa calificación, al establecer que todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo.

## II. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007

---

<sup>9</sup> Una reflexión sobre el hilo argumental que une a estas resoluciones puede encontrarse en B. RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, «Igualdad de trato en el acceso al empleo y protección de la maternidad. Comentario a la Sentencia C-207/98 del TJCE de 3 de febrero de 2000», *Revista de Derecho Social* nº 11, 2000, p. 103 y ss.

Interesa señalar que el reconocimiento general del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo aparece inscrito en el art. 5 de la LOIE. La primera observación que cabría formular al respecto es el carácter amplio con que dicho reconocimiento se lleva a cabo, con referencia tanto al empleo privado como al empleo público y con un campo aplicativo que se extiende, también, al trabajo por cuenta propia:

“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 concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas”.

Esta amplitud es, sin duda, un reflejo del art. 14.1 de la Directiva 2006/54/CE que prohíbe el ejercicio de cualquier discriminación directa o indirecta por razón de sexo “en los sectores público o privado, incluidos los organismos públicos”, en lo que atañe, entre otros aspectos allí enumerados, a “las condiciones de acceso al empleo, al trabajo por cuenta propia o a la ocupación, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación, cualquiera que sea el sector de actividad y en todos los niveles de la jerarquía profesional, incluida la promoción”.

Una segunda observación tiene que ver con el establecimiento de una importante excepción referida, precisamente, al momento del ingreso al trabajo, reproduciendo de manera prácticamente literal, de nuevo, las previsiones del art. 14.2 de la Directiva 2006/54/CE<sup>10</sup>. El precepto establece, así, que las diferencias de trato fundamentadas en una característica relativa al sexo no serán consideradas “discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria”, en aquellos supuestos en que, por “la naturaleza de las actividades profesionales concretas” o por el contexto en el que se realicen, “dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”. Los tradicionales ejemplos referidos al ámbito artístico (modelos, interpretación teatral

---

<sup>10</sup> “Los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado”.

o cinematográfica) y deportivo, entre otros, pueden servir como ilustración adecuada. Por su parte, la jurisprudencia del TJCE ha considerado tradicionalmente como empleos que pueden reservarse a un solo sexo los de matrona y determinadas actividades en residencias privadas y pequeñas empresas (STJCE 8 de noviembre de 1983, C-165/82, *Asunto Comisión contra Reino Unido*), los de policía en ocasiones particulares (STJCE 15 de mayo de 1986, C-222/84, *Asunto Johnston*) o de vigilante en la administración penitenciaria (STJCE 30 de junio de 1988, C-318/86, *Asunto Comisión contra Francia*).

La proyección de las genéricas previsiones del art. 5 sobre la normativa específica tiene un reflejo dentro de la Disposición Adicional 17ª LOIE, que incorpora un nuevo art. 22 bis *-Discriminación en el acceso al empleo-* a la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. De este modo, a los sujetos gestores de las actividades de intermediación laboral -servicios públicos de empleo, entidades colaboradoras y agencias de colocación sin fines lucrativos- se les exige el deber de “velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo”. Así, habrán de comunicar a los oferentes de empleo la apreciación del carácter discriminatorio de las ofertas de colocación formuladas, condición que se predica de las ofertas referidas a uno de los sexos, excepto que, según ya se indicó, aparezca como “un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar”. De todas formas, será considerada discriminatoria aquella oferta que se refiera a uno solo de los sexos y se fundamente “en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico”.

Al lado de esta formulación general, y dentro también del Título I de la Ley, habría que mencionar dos preceptos básicos, los arts. 11 y 13, referidos, respectivamente, al reconocimiento de las acciones positivas y a las reglas de carga de la prueba en los procesos en que se diluciden litigios acerca de discriminaciones por razón de sexo. Posponiendo ahora el análisis de las primeras, debe indicarse que la formulación legal en el ámbito probatorio no resulta nueva en absoluto dentro del orden jurisdiccional social: el art. 96 de la LPL, probablemente con una formulación más acabada, ya había recogido dicha exigencia procedente del ordenamiento comunitario<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> Actualmente, reproduciendo el tenor del art. 10.1 de la Directiva 2000/78/CE, el art. 19.1 de la Directiva 2006/54/CE establece que, de acuerdo con lo previsto en los sistemas judiciales nacionales, los Estados miembros “adoptarán las medidas necesarias para que, cuando una persona que se considere perjudicada por la no aplicación, en lo que a ella se refiere, del principio de igualdad de trato presente, ante un órgano jurisdiccional u otro órgano competente, hechos que permitan presumir la existencia de discriminación directa o indirecta, corresponda a la parte demandada demostrar que no ha habido vulneración del principio de igualdad de trato”.

y de la propia jurisprudencia constitucional. Por ello, la Disposición Final 4ª de la LOIE sólo hace referencia a las Leyes 1/2000 y 29/1998, de Enjuiciamiento Civil y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, respectivamente.

Las concretas referencias al problema del acceso al empleo por parte de las mujeres han de rastrearse, de modo preferente, en los Títulos IV (*El derecho al trabajo en igualdad de oportunidades*) y V (*El principio de igualdad en el empleo público*) de la LOIE que abordan, respectivamente, los ámbitos del empleo privado y público.

Junto al reconocimiento de la idoneidad de la negociación colectiva como vía para la formulación de acciones positivas, según se dirá posteriormente, dos son los instrumentos recogidos por la LOIE para conseguir la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito laboral. Se trata de los programas de mejora de la empleabilidad de las mujeres, por un lado, y de los planes de igualdad de las empresas, por otro.

Los primeros aparecen formulados en el art. 42, al señalar su apartado 1 que uno de los objetivos prioritarios de las políticas de empleo ha de ser el incremento de la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y el progreso en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Instrumento para su consecución es la mejora de la empleabilidad “y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo”. En esa línea, con redacción discutible, el apartado 2 diseña los Programas de inserción laboral activa como fórmulas que abarquen, en su totalidad, los diferentes niveles educativos y edades femeninas, “incluyendo los de Formación Profesional, Escuelas Taller y Casas de Oficios”, pudiendo ser destinados, de forma prioritaria, “a colectivos específicos de mujeres o contemplar una determinada proporción de mujeres”. En el momento actual, el vigente Programa de fomento de empleo para el año 2007 -contenido en el anexo de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo- continúa considerando a las mujeres como colectivo prioritario en el marco de los incentivos para la contratación estable previstos. Y, de manera especial por lo que aquí interesa, la misma calificación de colectivo prioritario se otorga en el art. 5.3 RD 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

En lo que se refiere a los planes de igualdad, figura más original que diseña la LOIE en sus arts. 45 a 49, conviene recordar que son definidos como “un conjunto

ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo” (art. 46.1). En ellos habrán de concretarse los objetivos perseguidos, las estrategias y prácticas que deberán adoptarse para su consecución y, por último, “el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados”. Una de las materias que pueden constituir el contenido de estos planes es, precisamente, el acceso al empleo (apartado 2)<sup>12</sup>. Partiendo de la obligación empresarial de respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral, los planes de igualdad habrán de ser negociados con los representantes de los trabajadores de forma obligatoria en tres supuestos (art. 45): cuando se trate de empresas de más de 250 trabajadores, cuando así lo prevea el convenio colectivo y cuando la autoridad laboral así lo hubiera decidido en el marco de un procedimiento sancionador y como fórmula de sustitución de las sanciones accesorias. Con carácter voluntario, la elaboración e implantación de estos planes podrá llevarse a cabo por el resto de empresas, “previa consulta a los representantes legales de los trabajadores”. La nueva redacción otorgada a los arts. 17 -con la adición de un nuevo apartado 5 por parte de la Disposición Adicional 11ª- y 85.1 y 2 ET viene a recoger tales exigencias.

En cuanto al juego del principio de igualdad en el empleo público ha de indicarse que es el art. 51 de la LOIE el que formula, con carácter general, cuáles han de ser los criterios de actuación de las Administraciones públicas. Por lo que aquí interesa, conviene poner de manifiesto cómo el precepto establece la obligación de las Administraciones, primero, de “remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación” con el objeto de asegurar la existencia de “condiciones de igualdad efectiva entre mujeres y hombres en el acceso al empleo público y en el desarrollo de la carrera profesional”. Junto a ello, habrá de fomentarse la formación en igualdad, “tanto en el acceso al empleo público como a lo largo de la carrera profesional”.

---

<sup>12</sup> “Para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo”.

¿Qué previsiones específicas podrían servir para articular este tipo de obligaciones? Entre otras, la Ley incluye las siguientes:

1º) La proyección del principio de *presencia equilibrada* entre hombres y mujeres sobre la composición de todos los tribunales y órganos de selección del personal de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, a no ser que concurran causas “fundadas y objetivas, debidamente motivadas” (art. 53). Igualmente, la representación de la Administración en las comisiones de valoración de méritos para la provisión de puestos de trabajo habrá de ajustarse al principio de *composición equilibrada* de ambos sexos. En los términos, pues, de la DA 1ª, ello significa situarse entre los límites -60 a 40%- en ésta manejados.

2º) Elaboración de un informe de impacto de género en las pruebas selectivas para el acceso al empleo público que deberá acompañar a la aprobación de convocatorias de dichas pruebas, “salvo en casos de urgencia y siempre sin perjuicio de la prohibición de discriminación por razón de sexo” (art. 55).

3º) Previsión, en el art. 60, de ciertas acciones positivas dentro de las actividades de formación. Así, en primer término y con el propósito de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se contempla conceder una preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación. Destinatarias de dicha medida serán las empleadas públicas incorporadas al servicio activo “procedentes del permiso de maternidad” o que hayan reingresado “desde la situación de excedencia por razones de guarda legal y atención a personas mayores dependientes o personas con discapacidad”. En segundo lugar, para su adjudicación a las empleadas que reúnan los requisitos establecidos, se prevé la reserva de un mínimo del 40% de las plazas existentes en los cursos de formación, con la intención de “facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración”.

4º) Bajo el rótulo *Formación para la igualdad*, el art. 61.1 establece que “todas las pruebas de acceso al empleo público de la Administración General del Estado y de los organismos públicos vinculados o dependientes de ella contemplarán el estudio y la aplicación del principio de igualdad entre mujeres y hombres en los diversos ámbitos de la función pública”. La previsión se completa, en el apartado 2, con la obligación de la Administración de impartir cursos formativos dirigidos a todo el personal sobre la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres y sobre prevención de la violencia de género.

5º) Las obligaciones informativas aparecen concretadas en el art. 63 (*Evaluación sobre la igualdad en el empleo público*), de tal forma que todos los Departamentos Ministeriales y Organismos Públicos habrán de remitir a los Ministerios de Trabajo y Asuntos Sociales y de Administraciones Públicas, con una periodicidad al menos anual, “información relativa a la aplicación efectiva en cada uno de ellos del principio de igualdad entre mujeres y hombres, con especificación, mediante la desagregación por sexo de los datos, de la distribución de su plantilla, grupo de titulación, nivel de complemento de destino y retribuciones promediadas de su personal”.

6º) Finalmente, el art. 64 establece la figura del Plan para la Igualdad entre mujeres y hombres en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella. El Plan habrá de ser aprobado por el Gobierno al comienzo de cada legislatura previa negociación y, en su caso, acuerdo con los representantes legales de los empleados públicos siguiendo los procedimientos establecidos en la Ley 9/1987. Con carácter general, en el Plan se reflejarán, tanto los objetivos perseguidos “en materia de promoción de la igualdad de trato y oportunidades en el empleo público”, como “las estrategias o medidas a adoptar para su consecución”. El cumplimiento deberá ser evaluado con carácter anual por parte del Consejo de Ministros.

De manera singular, existen referencias particulares al respeto del principio de igualdad tanto en el caso de las Fuerzas Armadas como en el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Los arts. 65 y 67, respectivamente, recogen dichas previsiones en ambos supuestos pero con matices distintivos. En efecto, mientras que en el primero de dichos preceptos se habla de que las normas sobre personal *procurarán* la efectividad del principio de igualdad entre mujeres y hombres, “en especial en lo que se refiere al régimen de acceso, formación, ascensos, destinos y situaciones administrativas”, el art. 67 postula que las normas reguladoras “*promoverán* la igualdad efectiva ..., impidiendo cualquier situación de discriminación profesional”, de modo especial en los aspectos que acaban de indicarse. La diferente redacción no es puramente formal: refleja las especiales características y restricciones del régimen de las Fuerzas Armadas, fruto, en parte, de la naturaleza militar de las mismas, pero también, quizás, de una cierta pervivencia de prejuicios tradicionales, lo que podría invitar a cuestionarse su mantenimiento dentro del marco legal configurado por la LOIE.

### III. EL ESPECIAL INTERÉS DE LAS ACCIONES POSITIVAS

De modo genérico, cabría definir a la acción positiva como un conjunto de medidas cuya finalidad es garantizar la igualdad de oportunidades, suprimiendo los obstáculos que se oponen a la igualdad real o de hecho entre mujeres y hombres<sup>13</sup>. Implica, entonces, la consagración de “un tratamiento preferencial de tipo promocional dirigido a combatir la discriminación social que se manifiesta en la infrarrepresentación o infrautilización de la mano de obra femenina en el mercado de trabajo”<sup>14</sup>. Así consideradas, las acciones positivas aparecen como una fórmula que pretende el efectivo cumplimiento del principio de igualdad de oportunidades sustancial y la eliminación de la discriminación social que impide a las mujeres el pleno ejercicio de sus derechos. Por ello, presentan tres posibles facetas: son, primero, un modo de evitar que las conductas discriminatorias continúen manifestándose; además, constituyen una vía para compensar a las mujeres por conductas y actos discriminatorios del pasado que extienden sus efectos hasta hoy y, finalmente, son una manera de valoración de la diferencia del trabajo femenino<sup>15</sup>.

Con el telón de fondo que ofrece el Derecho comunitario en los preceptos del Tratado ya mencionados y en las Directivas examinadas<sup>16</sup>, puede decirse que el TJCE ha configurado a las acciones positivas como excepciones al principio de igualdad, acuñando así un concepto restringido de igualdad de oportunidades. En las sucesivas resoluciones sobre el problema<sup>17</sup>, el TJCE ha considerado tres tipos de medidas de acción positiva:

---

<sup>13</sup> T. PÉREZ DEL RÍO, «Comentario a la STJCE, Sala 2ª, de 30 de septiembre de 2004, Asunto 319/03 Briheche, sobre las medidas de acción positiva y su compatibilidad con el Derecho comunitario», *Revista de Derecho Social* nº 32, 2005, p. 159-160.

<sup>14</sup> E. SIERRA HERNÁIZ, *Acción positiva y empleo de la mujer*, Madrid, CES, 1999, p. 84.

<sup>15</sup> E. SIERRA HERNÁIZ, *op. cit.*, p. 1 y 81. En este sentido, indica J.J. GIL CREMADES que “la expresión «acciones positivas para la igualdad» no es abstracta, ni neutra. El contexto imprescindible para comprender su sentido es la historia de la injusticia en la modernidad europea, desde la Ilustración hasta nuestras décadas postmodernas. El discurso jurídico, dentro del que se incluye aquella construcción, hace referencia a la dialéctica entre emancipación declarada y sometimiento practicado, entre proclamaciones masculinas de igualdad y vivencias femeninas de desigualdad”: «Prólogo» a M. ELÓSEGUI ITXASO, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, Madrid, Universidad de Zaragoza-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, p. XIX.

<sup>16</sup> A dichas referencias cabría añadir ahora lo dispuesto en el art. 23.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, esto es, que “el principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas a favor del sexo menos representado”.

<sup>17</sup> Las resoluciones más destacadas hasta la fecha son las SSTJCE 17 de octubre de 1995, C-450/93, Asunto *Kalanke*; 11 de noviembre de 1997, C-409/95, Asunto *Marschall*; 28 de marzo de 2000, C-158/97, Asunto *Badeck*; 6



1º. Medidas tendentes a mejorar la formación, cualificación o empleabilidad de las mujeres (p.e., la reserva de plazas para participar en cursos formativos), como sucedió en el Asunto *Badeck*.

2º. Fórmulas de conciliación de la vida familiar y laboral, tales como la reserva en exclusiva de plazas de guardería (Asunto *Lommers*). En esta sentencia, el Tribunal subrayó, como exigencias a cumplir por estas medidas, primero la necesidad de demostrar la situación de infrarrepresentación femenina en el ámbito en que vayan a aplicarse; en segundo término, su adecuación y, finalmente, su proporcionalidad.

3º. Medidas sobre el empleo, otorgando una preferencia a las mujeres en la fase de selección o fijando cuotas que han de alcanzarse, aspectos enjuiciados en los Asuntos *Kalanke*, *Marschall*, *Badeck*, *Abrahamsson* y *Briheche*. Sin duda, esta clase de acciones afirmativas es la más problemática: la abundante literatura científica existente al respecto bastaría para corroborarlo<sup>18</sup>.

Conviene destacar que las resoluciones mencionadas se dictaron todas con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y, consiguientemente, sin contar con un precepto como el nuevo art. 141.4 y antes de la importante modificación de la Directiva 76/206 por la 2002/73. Estas nuevas circunstancias permitirían valorar la adecuación de las acciones positivas al Derecho comunitario de otra manera: partiendo de que su finalidad es la supresión de las situaciones estructurales de discriminación entre mujeres y hombres y el logro de la igualdad de oportunidades, que no de resultados, sería compatible la acción compensatoria con el principio de igualdad formal respetando ciertos límites y exigencias. Éstos serían, en primera instancia, la transitoriedad (aplicabilidad en tanto se mantenga la situación discriminatoria), la proporcionalidad entre el objetivo que se persigue y las restricciones impuestas al grupo sobrerrepresentado, en segundo lugar y, por fin, la adecuación, entendida como posibilidad real de suprimir la situación de discriminación estructural constatada<sup>19</sup>. La

---

de julio de 2000, C-407/98, Asunto *Abrahamsson*; 7 de diciembre de 2000, C-79/99, Asunto *Schnorbus*; 19 de marzo de 2002, C-476/99, Asunto *Lommers*, y 30 de septiembre de 2004, C-319/03, Asunto *Briheche*.

Para una genérica visión descriptiva de esta jurisprudencia me permito remitir a mi trabajo R. SASTRE IBARRECHE. «La acción positiva para las mujeres en el Derecho comunitario», en AA.VV. (L. de Oliveira Penido, coord.), *A igualdade dos géneros nas relações de trabalho*, Brasília, ESMPU, 2006, p. 91 y ss.

<sup>18</sup> Por todos, *vid.* M. ELÓSEGUI ITXASO, *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres*, cit., donde examina estas medidas desde la teoría de la argumentación de Robert Alexy, y prestando especial atención a los casos *Kalanke* -p. 119 y ss.-, *Marschall* -p. 185 y ss.- y, por último -p. 237 y ss.-, a los casos *Badeck*, *Schnorbus*, y *Abrahamsson*.

<sup>19</sup> T. PÉREZ DEL RÍO, *op. cit.*, p. 166-167.

última Sentencia hasta la fecha dictada, STJCE, Sala 2ª, de 30 de septiembre de 2004, C-319/03, Asunto *Briheche*, es bastante continuista, pues sigue enfocando las acciones positivas como excepciones al principio de igualdad formal y en el marco de la igualdad de oportunidades, aunque plantea alguna mención al objetivo compensatorio contenido en el art. 141.4.

La Exposición de motivos de la LOIE sitúa, en efecto, la figura de la acción positiva en el marco de la consecución de una igualdad material o efectiva, para lo cual dirige 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”. No de una forma incondicionada, por supuesto, ya que se es consciente de la importante problemática constitucional en que se enmarcan: “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 ya se indicó con anterioridad, es el art. 11 de la LOIE el precepto clave en que se enuncia un explícito reconocimiento de la figura de las 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 Ley”.

La formulación de estas acciones positivas *-medidas específicas-* descansa sobre los siguientes elementos normativos. Se trata, en primer lugar, de un mandato de carácter imperativo dirigido a los Poderes Públicos pero que posee una naturaleza facultativa en relación a su posible adopción por parte de los sujetos privados. En segundo término, el objetivo de las mismas es la corrección de situaciones *patentes* de desigualdad de hecho en relación con los varones, respondiendo, entonces, a la finalidad general de la Ley de hacer efectivo el derecho constitucional de igualdad. Finalmente, las medidas de acción positiva deberán revestir un carácter temporal y cumplir los condicionamientos de razonabilidad y proporcionalidad respecto del fin que se busque en cada supuesto.

De manera inequívoca, el TC ha acogido, con carácter general, la constitucionalidad de las fórmulas de acción afirmativa en el ordenamiento español. Primero, en el establecimiento de cupos o cuotas en relación a las personas con discapacidad. Pero, también, en el supuesto específico de las mujeres. En lo que hace a la primera cuestión, la resolución más destacable probablemente sea la STC 269/1994, de 3 de octubre, donde se examinaba el mecanismo del sistema de cuotas para el acceso de los minusválidos al empleo público. Debe hacerse notar que en el supuesto estaban en juego las dudas en torno a la vulneración del art. 14 de la Constitución y la posible diferencia de trato discriminatoria, por un lado, pero también de los arts. 23.2 y 103.3 en lo que respecta al respeto de los principios de mérito y capacidad para acceder a la función pública. Partiendo de la consideración de la minusvalía física como una causa real de discriminación, se comprueba que la adopción de medidas promocionales de la igualdad de oportunidades para las personas discapacitadas se sustenta en normas internacionales (Convenio 159 OIT de 1983) y constitucionales (arts. 9.2 y 49). Ponderar la legitimidad constitucional de estas medidas de índole equiparadora de situaciones sociales de desventaja, sólo puede llevarse a cabo de modo general, de acuerdo con las dimensiones del fenómeno que intenta corregirse. Por esta razón, “no resulta admisible un argumento que tiende a ignorar la dimensión social del problema y de sus remedios, tachando a éstos de ilegítimos por su impacto desfavorable, sobre sujetos individualizados en los que no concurren los factores de discriminación cuyas consecuencias se ha tratado de evitar” (FJ 4º). Y, en lo que se refiere a los arts. 23.2 y 103.3 de la Constitución, tras recordar los límites positivos y negativos que pesan sobre la libertad del legislador en la regulación de las pruebas selectivas y en la determinación de los méritos y capacidades a considerar<sup>20</sup>, indica el TC que, a la vista de las circunstancias concurrentes en el supuesto analizado -conexión entre plazas reservadas y plazas de turno libre si no se llegan a cubrir las primeras- no cabe poner en duda el respeto a los principios consagrados en dichos preceptos en el concreto proceso de

---

<sup>20</sup> “En positivo, se obliga al legislador a implantar requisitos de acceso a funciones públicas que, «establecidos en términos de igualdad, respondan única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad» (STC 185/1994, fundamento jurídico 3.º; SSTC 293/1993, 353/1993 ó 363/1993, entre otras) y, como consecuencia, desde una perspectiva negativa, se proscribe que dicha regulación de las condiciones de acceso a funciones públicas, «se haga en términos concretos e individualizados», que equivalgan a una verdadera y propia acepción de personas (STC 185/1994, fundamento jurídico 4.º y las que en ella se citan)” (FJ 5º).

selección de los aspirantes<sup>21</sup>. En ningún caso se eximió a los candidatos que podían optar a las plazas reservadas de acreditar su aptitud a través de la superación de las pruebas correspondientes, lo que conduce a entender plenamente satisfechas las exigencias del art. 23.2 de la Constitución (FJ. 5º).

Por lo que se refiere al supuesto de las acciones a favor de la mujer, para el TC, a pesar de la naturaleza biunívoca de la regla de paridad entre sexos, no puede pasarse por alto que ha sido el femenino el grupo que más ha sufrido tratos discriminatorios, con diferencia. Así, la prohibición de discriminación, combinada con el art. 9.2 de la Constitución, supone posibilitar medidas tendentes a asegurar una efectiva igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres. El logro de este objetivo igualatorio “permite el establecimiento de un «derecho desigual igualatorio», es decir, la adopción de medidas reequilibradoras de situaciones sociales discriminatorias preexistentes para lograr una sustancial y efectiva equiparación entre las mujeres, socialmente desfavorecidas, y los hombres, para asegurar el goce efectivo del derecho a la igualdad por parte de la mujer” (SSTC 128/1987 y 19/1989; en especial, STC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2º). Por ello y, en conclusión, se justifican desde el punto de vista constitucional las medidas en favor de la mujer “que estén destinadas a remover obstáculos que de hecho impidan a la realización de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el trabajo, y en la medida en que esos obstáculos puedan ser removidos efectivamente a través de ventajas o medidas de apoyo hacia la mujer que aseguren esa igualdad real de oportunidades y no puedan operar de hecho en perjuicio de la mujer”<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Una vez más, en el FJ. 5º de la resolución se reconoce que la condición de discapacidad no ha sido valorada como mérito, pues no posee relación con la aptitud para el desempeño del cargo. Lo que se ha pretendido normativamente es promocionar de modo legítimo la inserción profesional de personas con dificultades de acceso al empleo. Y esta medida no sólo no resulta contraria a la igualdad, sino que “la hace posible y efectiva, a través de un mecanismo, la reserva de plazas, que no restringe el derecho de los que opositan a las de turno libre (puesto que éstos acceden a las de su turno en condiciones que no son censurables desde la perspectiva del art. 23.2 de la Constitución) ni exceptúan a los sujetos favorecidos con la reserva, que quedan obligados a poner de manifiesto su aptitud para el desempeño de las plazas y a acreditar su idoneidad para el desarrollo de las funciones que les son inherentes, asegurándose así la tutela de la eficacia administrativa en la gestión de los intereses generales (art. 103.1 de la Constitución)”.

<sup>22</sup> Una cuidada sistematización de la jurisprudencia constitucional sobre el particular la llevan a cabo I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN y A. Mª. BADIOLA SÁNCHEZ, «La aplicación de las medidas de acción positiva en el ámbito de las relaciones laborales: una síntesis de jurisprudencia», *Justicia Laboral* nº 15, 2003, p. 37 y ss.

Pero la Ley reconoce, igualmente, la virtualidad de la negociación colectiva como instrumento válido para la recepción de estas medidas de acción positiva con las exigencias anteriormente descritas. En este sentido, el art. 43 (*Promoción de la igualdad en la negociación colectiva*) establece la posibilidad del establecimiento de dichas medidas con el fin de “favorecer el acceso de las mujeres al empleo y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato y no discriminación en las condiciones de trabajo entre mujeres y hombres”. Junto a ello, dos de las modificaciones introducidas por la Disposición Adicional 11ª en el texto del ET deben ser aquí destacadas. Por su enjundia, sobresale la adición de un nuevo apartado 4 al art. 17 ET, en el que, de forma expresa, se prevé que la negociación colectiva “podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones”, a cuyo fin también la faculta para el establecimiento de “reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate”. Dicha posibilidad se contempla, también, en materia de condiciones de clasificación profesional, promoción y formación. Asimismo, la nueva redacción del art. 85.1 ET, incluyendo como contenido mínimo obligatorio de los convenios estas medidas, completa la previsión legal. El expreso reconocimiento al convenio colectivo de capacidad para establecer medidas de preferencia o reserva constituye una importante novedad porque, antes de la entrada en vigor de la LOIE, la literalidad de los aptdos. 2 y 3 del art. 17 ET parecía restringir dichas iniciativas al ámbito legal o reglamentario, respectivamente, y así lo había refrendado la jurisprudencia (STS 21 de julio de 1994, Ar. 5465).

De nuevo en la línea de las exigencias emanadas de la jurisprudencia comunitaria, la norma incorpora una cautela para el establecimiento de las posibles reservas o preferencias a favor de la contratación o promoción de las mujeres: operarán en caso de *igualdad de condiciones de idoneidad*, lo que, en muchas ocasiones, no resulta nada fácil de determinar, como bien es sabido. Finalmente, se acude a la noción de *infra* o *subrepresentación* para otorgar la preferencia. Nótese que, de la literalidad del precepto, no se infiere que esta preferencia haya de establecerse, en todo caso, para las mujeres puesto que la norma habla genéricamente de “las personas del sexo menos representado”, lo que abriría la puerta a hipotéticos tratos favorables para los varones en

los supuestos en que éstos ostentaran dicha condición dentro del grupo, categoría profesional o puesto de trabajo implicados.

La práctica negocial ya venía recogiendo fórmulas de acción positiva, impulsada, sin duda, por las orientaciones contenidas en los sucesivos Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva, al menos desde 2002. El Acuerdo actual, de fecha 6 de febrero de 2007, también recoge, en su capítulo VI (*Igualdad de trato y oportunidades*), una llamada a 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”. A ello debe añadirse, igualmente, la conveniencia de estudiar y, en su caso, establecer “sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género”. En este sentido, baste decir aquí y como conclusión, que el panorama resulta muy diverso puesto que se combinan declaraciones generales con previsiones más complejas y elaboradas, sin descartar ejemplos de confuso entendimiento de lo que estas medidas implican.